RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

2015

Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE SOMMARIO

DIRITTO CIVILE

Pag.

Corte di Cassazione - Sez. unite civili, 17 luglio 2014, n. 16380, con nota di Marco Canonico, Prolungata convivenza coniugale come limite frapposto dalle Sezioni Unite al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche 6

Tribunale di Perugia, 10 gennaio 2014, con nota di Andrea Sassi, Presupposti del disconoscimento e interesse del figlio dopo la riforma della filiazione 54

Tribunale di Perugia, 7 febbraio 2014, con nota di Silvio Pietro Cerri, Questioni in tema di accettazione beneficiata 69

Tribunale di Perugia, 28 maggio 2014, con nota di Carmine Lazzaro, Osservazioni in tema di preliminare di preliminare 88

DIRITTO PENALE

Tribunale di Perugia, 2 febbraio 2015, con nota di Erica Farinelli, Sull'inefficacia probatoria del giudizio di "buona certezza" della c.d. ricognizione fotografica..... 104

Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, 23 ottobre 2014, con nota di Giulia Moscatelli, Regime carcerario differenziato e diritto all'informazione: brevi note sull'oscuramento del digitale terrestre per i detenuti "41-bis"..... 114

Tribunale di Terni, 29 maggio 2014, con nota di Marica Belli, Brevi note in tema di lancio di materiali pericolosi in occasione di manifestazioni sportive..... 120

DIRITTO PUBBLICO

Pag.

T.A.R. Umbria – 30 marzo 2015, n.146, con nota di ALESSANDRA FANI, Brevi note in tema di prescrittibilità dei farmaci biosimilari 126

T.A.R. Umbria – 11 marzo 2015, n.178, con nota di MATTEO PASSERI, Il problema dell'imparzialità dell'organismo verificatore alla luce della giurisprudenza CEDU 140

T.A.R. Umbria – 30 aprile 2015, n. 192, con nota di BENEDETTO PONTI, La selezione para-concorsuale o comparativa, funzionale al conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni al ruolo, è indispensabile a garantire il principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa ... 165

DOTTRINA

ROBERTO CIPPITANI, La libertà di circolazione dei familiari provenienti dai paesi terzi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia 182

GIOVANNI ROSSI, La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile alla luce della direttiva 2012/29/Ue 196

LUIGI TROMBETTA, L'ergastolo ostativo e l'art. 4 bis ord. penit.: il legno storto tra rieducazione e misure deflative 224

RENATO BORRUSO, Il valore etico della giurisprudenza 236

INDICE ANALITICO-ALFABETICO
DELLA GIURISPRUDENZA

CARCERI E SISTEMA PENITENZIARIO – Sospensione Dell'applicazione Delle Regole Di Trattamento - Diritti Costituzionali Della Persona Detenuta – Diritto All'informazione - Limiti Alla Visione Di Canali Televisivi Non Giustificati Da Ragioni Di Sicurezza – Lesione Di Un Diritto Soggettivo - Sussistenza

DIRIGENTI ESTERNI – Conferimento Incarico – Scelta Intuitu Personae – Affinità All'indirizzo Politico – Pregiudica Il Principio Di Distinzione – Art. 97 Cost. – Contrasto

FILIAZIONE – Disconoscimento (Azione Di) – Termini – Natura Giuridica – Decorrenza

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Verificazione – Differenze Con C.t.u. – Disposizioni Dettate Per C.t.u. – Inapplicabilità- Istanza Di Rinnovazione Verificazione – Inammissibilità

IMPIEGO PUBBLICO – Dirigenti Esterni – Conferimento Incarico – Deroga Al Concorso Pubblico – Non Sussiste – Selezione Para-Concorsuale Ex Art. 110 Comma 1, D.lgs. 267/2000 Assimilabile Al Concorso Pubblico – Giurisdizione Amministrativa

IMPIEGO PUBBLICO – Patologia Per Causa Di Servizio – Causa Efficiente E Determinante – Evento Eccezionale Eccedente Le Ordinarie Condizioni Lavorative – Turni Di Lavoro Disagiati E Stressanti – Fattore Di Rischio Ordinario Nel Servizio Militare – Insussistenza

IMPIEGO PUBBLICO – Patologia Per Causa Di Servizio – Discrezionalità Tecnica – Manifesta Illogicità, Irragionevolezza – Sindacabilità – Adeguatezza Del Criterio Tecnico E Correttezza Procedimento Applicativo – Sindacabilità – Apprezzamento Tecnico – Insindacabilità

INDIVIDUAZIONE FOTOGRAFICA – Persone - Efficacia Probatoria – Buona Certezza Del Riconoscimento Effettuato In Fase Di Indagini – Esame Dibattimentale – Omessa Conferma Del Precedente Riconoscimento Fotografico - Inidoneità A Fondare La Responsabilità Del Soggetto

MATRIMONIO – Giurisdizione Ecclesiastica – Delibazione (Giudizio Di) – Convivenza Triennale – Effetti

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI – Contratto Preliminare – Preliminare Del Preliminare – Nullità – Sussistenza

SANITÀ – Tutela Della Salute – Farmaci Biosimilari – Equivalenza Terapeutica – Competenza Statale Esclusiva – Aifa - Pazienti Di Nuova Diagnosi (I C.d. Soggetti "Naive") – Libertà Di Scelta Terapeutica – Contemperamento Interessi – Esigenze Di Contenimento Della Spese Pubblica

SUCCESSIONE – Accettazione Dell'eredità – Beneficio D'inventario – Effetti – Legittimazione Passiva – Sussistenza

VERIFICAZIONE – Imparzialità Del Verificatore - Competenza Tecnica Del Verificatore – Appartenenza Organica Del Verificatore All'amministrazione Parte In Causa – Irrilevanza

VIOLENZA NEGLI STADI – Lancio Di Materiale Pericoloso - Pericolo Concreto – Condanna

DIRITTO CIVILE

CORTE DI CASSAZIONE – Sez. unite civili – 17 luglio 2014, n. 16380 – *Pres.* Rovelli – *Rel.* Di Palma – *P.g.* Velardi (conf.) – M. c. L.
Conferma App. Perugia, 24 marzo 2011, n. 205

Matrimonio – Giurisdizione ecclesiastica – Delibazione (giudizio di) – Convivenza triennale – Effetti

La convivenza "come coniugi", quale elemento essenziale del "matrimonio-rapporto", ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, integra una situazione giuridica di "ordine pubblico italiano", ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal Tribunale Ecclesiastico per vizio genetico del "matrimonio-atto". Peraltro, la dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno solo dei coniugi, di uno dei bona matrimonii*, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, o che non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza. Ciò perché, laddove le menzionate situazioni non ricorrano, la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole, essendo peraltro noto che il convincimento espresso dal giudice del merito sulla conoscenza o conoscibilità da parte del coniuge della riserva mentale unilaterale dell'altro costituisce, se motivato, secondo un logico e corretto iter argomentativo statuizione insindacabile in sede di legittimità* (1).

(*Omissis*) 1. – Con citazione del 18 febbraio 2009, L. F. convenne dinanzi alla Corte d'Appello di Perugia M. L., esponendo che: a) aveva contratto matrimonio concordatario con la M. il (*Omissis*) in (*Omissis*); b il matrimonio era stato dichiarato nullo dal Tribunale ecclesiastico regionale Umbro – sia per esclusione della indissolubilità del vincolo da parte dell'uomo attore, sia per incapacità consensuale al tempo delle nozze da parte della donna convenuta – con sentenza del 27 luglio 2007, confermata con decreto del Tribunale della Rota Romana del (*Omissis*) e resa esecutiva con decreto del Supremo Tribunale della Segnatura apostolica del 28 gennaio 2009. Tanto esposto, il L. chiese che la Corte d'Appello adita dichiarasse l'efficacia di detta sentenza canonica nella Repubblica italiana. Costituitasi, la M. si oppose alla domanda, deducendo in particolare che la delibazione era impedita: – dalla pendenza nella Repubblica italiana del processo di separazione personale tra i coniugi; – dalla contrarietà degli effetti della sentenza canonica con l'ordine pubblico interno sia perché la accertata nullità canonica non corrispondeva ad

un'analoga causa di nullità prevista dal codice civile, sia perché la sentenza canonica eludeva sostanzialmente le disposizioni italiane disciplinanti la separazione personale ed il divorzio; – ancora dalla contrarietà degli effetti della sentenza canonica con l'ordine pubblico interno sia perché l'accertata esclusione unilaterale dell'indissolubilità del matrimonio da parte del marito attiene al "foro interno" irrilevante per l'ordinamento giuridico italiano, sia perché tale esclusione non gli era stata resa nota, sia perché nell'ordinamento giuridico italiano è inammissibile la prova testimoniale della simulazione. La Corte di Perugia, con sentenza del 24 marzo 2011, ha dichiarato l'efficacia nella Repubblica italiana della predetta sentenza canonica, affermando, tra l'altro e in particolare, che: a) la disciplina applicabile al giudizio di delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale é esclusivamente quella di cui all'articolo 8 dell'Accordo con Protocollo Addizionale tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana del 18 febbraio 1984, reso esecutivo in Italia dalla L. 25 marzo 1985, n. 121, dal n. 4 del Protocollo Addizionale e dai previgenti articoli 796 e 797 cod. proc. civ., richiamati da tale Protocollo; b) non sussiste l'impedimento di cui all'articolo 797 c.p.c., n. 6, per la pendenza anche di giudizio di separazione dei coniugi, con richiesta di assegno di mantenimento, davanti al giudice italiano, attesa la diversità di oggetto fra giudizio di nullità e giudizio di separazione, confermata dal rapporto di pregiudizialità sussistente, piuttosto, fra gli stessi anche con riferimento alla domanda di assegno; c) non sussiste l'impedimento di cui all'articolo 797 c.p.c., n. 7, in quanto, pur essendo irrilevante per l'ordinamento italiano la riserva mentale o la stessa simulazione bilaterale parziale relative ad alcuni soltanto degli obblighi del matrimonio, tale principio non rientra nell'ordine pubblico interno, né costituisce principio di ordine pubblico la deducibilità della nullità del matrimonio entro un brevissimo termine di decadenza; d) deve, nella specie, riconoscersi sussistente il presupposto – di ordine pubblico – della conoscenza o conoscibilità della riserva mentale dell'un coniuge da parte dell'altro, e ciò sia aderendo all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice italiano della delibazione deve attenersi a quanto accertato, sul punto, dalla sentenza ecclesiastica, sia aderendo all'orientamento che ammette una rivalutazione da parte dello stesso del materiale istruttorio acquisito nel processo ecclesiastico, dato che l'accertamento positivo contenuto nella sentenza ecclesiastica era basato su convincenti, dichiarazioni testimoniali riportate nella motivazione; né si pone un problema di acquisizione di ulteriori prove, dato che la stessa convenuta non ne aveva fatto richiesta, mentre la dedotta impossibilità che la medesima producesse atti del processo ecclesiastico non essendo più difesa dall'avvocato che l'aveva assistita in quella sede, era dipeso esclusivamente dalla sua scelta di cambiare difensore.

2. – Avverso tale sentenza M. L. ha proposto ricorso per cassazione, deducendo quattro motivi di censura illustrati con memoria. Ha resistito, con controricorso illustrato da memoria, L. F.

3. – Assegnato il ricorso alla Prima Sezione, questa, con ordinanza interlocutoria n. 4647/2013 del 22 febbraio 2013, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione dello stesso ricorso alle Sezioni Unite, in relazione al terzo motivo, con il quale la ricorrente ha dedotto la contrarietà all'ordine pubblico interno degli effetti della predetta sentenza canonica, ciò in ragione del rilievo che la convivenza matrimoniale aveva avuto una durata di dodici anni dalla celebrazione del matrimonio – dal 24 luglio 1993 al (*Omissis*), data della separazione – ed era stata accompagnata dalla nascita di un figlio, e che una convivenza siffatta integrava un principio di ordine pubblico ostativo alla delibazione, secondo l'orien-

tamento espresso dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 1343 del 2011. Al riguardo ed in particolare, la citata ordinanza interlocutoria ha, tra l'altro, testualmente osservato quanto segue: (…) Questo Collegio, con ordinanza interlocutoria 14 gennaio 2003, n. 712 (deliberata nella medesima camera di consiglio del 6 dicembre 2012 sul ricorso n. 12658/2011 R.G.), ha ritenuto – per ragioni indicate nella motivazione della predetta ordinanza, a cui si rinvia – che sussista un contrasto nella giurisprudenza della Corte con riferimento alla rilevanza della convivenza ultrannuale dei coniugi, successiva alla celebrazione del matrimonio, nel giudizio di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio stesso; e pertanto ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, evidenziando le seguenti questioni che necessitano di soluzione: 1) se la protrazione ultrannuale della convivenza rappresenti condizione integrante violazione dell'ordine pubblico interno e per l'effetto sia ostativa alla dichiarazione d'efficacia della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dal giudice ecclesiastico, ed in presenza di quali vizi del matrimonio-atto operi, in tesi, tale preclusione. In questa cornice, in particolare, se il limite dell'ordine pubblico si riferisca alla convivenza da intendersi quale coabitazione materiale, cui fanno riferimento gli articoli 120 e 122 c.c. in caso di vizi del consenso, ovvero sia "significativa di un'instaurata affectio familiae, nel naturale rispetto dei diritti ed obblighi reciproci, per l'appunto, come tra (veri) coniugi (articolo 143 cod. civ.), tale da dimostrare l'instaurazione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto" (Cass. n. 1780/2012), dovendo in tal senso intendersi la locuzione "abbiano convissuto come coniugi" di cui all'articolo 123 c.c., comma 2 in caso di simulazione. E, in logica consecuzione: 2) se, in caso affermativo, il contrasto tra l'indicata condizione e l'ordine pubblico interno sia verificabile d'ufficio dalla corte d'appello, versandosi in un caso d'impedimento assoluto alla riconoscibilità della sentenza ecclesiastica (in tal senso Cass. citata n. 1780 del 2012), dal momento che l'ordine pubblico esprime valori di natura indeclinabile ed è per l'effetto indisponibile, ovvero sia rilevabile solo su eccezione della parte che si oppone alla delibazione; 3) se, ammessa la rilevabilità d'ufficio, rientri nei poteri delle corte d'appello, la cui indagine è astretta entro il limite del compendio istruttorio formatosi nel giudizio ecclesiastico, disporre l'acquisizione di ulteriori elementi di verifica; 4) se l'incompatibilità in discorso, laddove si ritenga rilevabile d'ufficio, sia riscontrabile anche dalla Corte di cassazione se emerge dagli atti (secondo quanto è avvenuto in sede di pronuncia n. 1343/2011) e sia dunque scrutinabile senza necessità d'ulteriore istruttoria. Identico a dispositivo interlocutorio s'impone, pertanto, venendo in rilievo le medesime questioni, anche nella presente causa (…)".

4. – Assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, ambedue le parti hanno depositato ulteriore memoria.

5. – All'esito dell'odierna discussione, il Procuratore generale ha concluso per il rigetto del ricorso. (*Omissis*).

1. – Con il primo motivo (con cui deduce: Violazione e falsa applicazione dell'articolo 8, n. 2, dell'Accordo con Protocollo addizionale del 18/2/1984 e dunque della L. n. 121 del 1985, dell'articolo 797 c.p.c., nn. 6 e 7 o della L. n. 218 del 1995, articolo 64, lettera g, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente critica la sentenza impugnata (cfr., *supra*, Svolgimento del processo, n. 2., lettere b, c, e d), deducendo: la contrarietà con l'ordine pubblico interno degli effetti riconosciuti dalla Corte del merito alla pronuncia d'annullamento del matrimonio concordatario, in quanto: a) i Giudici a quibus – nell'affermare la diversità tra l'oggetto del processo

di separazione personale dei coniugi e quello del processo canonico di nullità matrimoniale – avrebbero esasperato l'aspetto meramente formale, tralasciando del tutto di considerare gli effetti sostanziali prodotti dalla sentenza canonica quanto ai provvedimenti di carattere economico emessi nel giudizio di separazione che, passata in giudicato la sentenza di delibazione, resterebbero completamente travolti, con conseguente contrasto tra giudicato di separazione e giudicato di nullità canonica con effetti civili; b) la sentenza canonica da rilievo ad un vizio del consenso – l'esclusione unilaterale dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale – fondato su valori metagiuridici (cosiddetto "foro interno") estranei all'ordinamento italiano, non essendo inoltre sufficiente al riguardo il principio della tutela della buona fede e del legittimo affidamento incolpevole sulla validità del matrimonio dell'altro coniuge; c) il nostro ordinamento giuridico riconosce ai diritti-doveri matrimoniali uno spessore ed un significato ben superiore ad altri, in forza dell'articolo 29 Cost., quali diritti relativi al matrimonio. Con il secondo motivo (con cui deduce: Omessa o insufficiente motivazione, laddove esclude l'applicabilità alla fattispecie dell'articolo 123 c.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 5), la ricorrente critica ancora la sentenza impugnata (cfr., *supra*, Svolgimento del processo, n. 2., lettere b, c, e d), segnatamente sotto il profilo dei vizi di motivazione, deducendo che i Giudici a quibus hanno immotivatamente escluso l'applicabilità del termine di decadenza di cui all'articolo 123 c.c., comma 2, per far valere la simulazione. Con il terzo motivo (con cui deduce: Violazione e falsa applicazione dell'articolo 123 cod. civ., degli articoli 24 e 29 Cost. in relazione all'articolo 8, n. 2, dell'Accordo con Protocollo addizionale del 18/2/1984, dell'articolo 4 di tale Protocollo e dunque della L. n. 121 del 1985, della L. n. 218 del 1995, articolo 64, lettera g, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente critica inoltre la sentenza impugnata (cfr., *supra*, Svolgimento del processo, n. 2., lettere b, c, e d), evocando il principio enunciato dalla menzionata sentenza di questa Corte n. 1343 del 2011. Infine, con il quarto motivo (con cui deduce: Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1417 c.c. e dell'articolo 24 Cost. in relazione all'articolo 4 del Protocollo addizionale del 18/2/1984 e dunque della L. n. 121 del 1985, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente critica la sentenza impugnata (cfr., *supra*, Svolgimento del processo, n. 2., lettere b, c, e d), deducendo che il giudizio di delibazione non assicura un'adeguata tutela dei diritti della difesa, in particolare l'accesso ad alcuni mezzi di prova, quale la prova per testimoni, ammessi invece nel processo canonico.

2. – Il controricorrente deduce l'infondatezza del ricorso, fondandola sull'inapplicabilità del principio di cui alla sentenza n. 1343 del 2011, siccome enunciato in una fattispecie nella quale il giudice ecclesiastico aveva escluso il bonum prolis, diversa perciò dal caso – quale quello di specie – di esclusione del vincolo dell'indissolubilità del matrimonio accertata dal tribunale ecclesiastico, e richiama a sua volta, con la prima e con la seconda memoria difensiva, il principio affermato da questa Corte che, con la sentenza n. 8926 del 2012 – con la quale sono stati ribaditi i principi di diritto consolidatisi in forza della sentenza delle Sezioni Unite n. 4700 del 1988 -, ha escluso che la convivenza fra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio rappresenti condizione ostativa alla delibazione della sentenza di nullità del matrimonio canonico; richiede altresì la rimessione della relativa questione alle Sezioni Unite per la composizione del contrasto giurisprudenziale in tal modo determinatosi.

3. – Le Sezioni Unite sono chiamate, ai sensi dell'articolo 374 c.p.c., comma 2, a pronunciarsi sul contrasto determinatosi, nell'ambito della Prima Sezione, tra – da un lato – le sentenze nn. 1343 del 2011, 1780 e 9844 del 2012 e – dall'altro – la

sentenza n. 8926 del 2012 (che, peraltro, ribadisce il consolidato orientamento di queste Sezioni Unite, inaugurato con le note sentenze nn. 4700, 4701, 4702 e 4703 del 1988), contrasto i cui termini essenziali sono esattamente ed esaurientemente esposti nella su riprodotta ordinanza di rimessione (cfr., *supra*, Svolgimento del processo, n. 3.).

3.1. – Va premesso che la fattispecie sottostante al ricorso in esame – per quanto ora rileva ai fini della pronuncia sul denunciato contrasto, fatto salvo quanto successivamente si dirà in sede di esame nel merito del ricorso medesimo (cfr., *infra*, n. 5.) – sta in ciò, che il matrimonio "concordatario" de quo, celebrato in data (*Omissis*) e caratterizzato anche dalla nascita di una figlia nel (*Omissis*), è stato dichiarato nullo dal Tribunale ecclesiastico regionale Triveneto con sentenza del (*Omissis*), confermata con decreto del Tribunale ecclesiastico regionale Lombardo di appello del (*Omissis*) e resa esecutiva con decreto del Supremo Tribunale della Segnatura apostolica del (*Omissis*), per esclusione della indissolubilità del vincolo da parte della donna. Della pronuncia canonica di nullità di questo matrimonio – che ha avuto, dunque, dalla sua celebrazione a tale pronuncia canonica definitiva, una durata di undici anni e sei mesi circa – l'odierna controricorrente ha chiesto ed ottenuto la dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana da parte della Corte d'Appello di Venezia con la sentenza impugnata. (*Omissis*).

3.3. – Tanto premesso, la stessa ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite ha ben evidenziato che la principale questione di diritto, decisa in modo difforme dalle su menzionate sentenze della Prima Sezione, consiste nello stabilire: – se la sentenza canonica di nullità del matrimonio, pronunciata dal tribunale ecclesiastico, possa essere dichiarata efficace nella Repubblica italiana – oppure no, per violazione dell'ordine pubblico interno -, nel caso di convivenza tra i coniugi protrattasi per un certo periodo di tempo (che nell'ordinanza di rimessione viene individuato in un periodo superiore all'anno), e quali siano i vizi del "matrimonio-atto", posti a base della pronunciata nullità canonica, eventualmente ostativi a detta dichiarazione d'efficacia; – se, in particolare, il limite dell'ordine pubblico si riferisca alla convivenza da intendersi quale coabitazione materiale, cui fanno riferimento gli articoli 120 e 122 c.c., in caso di vizi del consenso, ovvero sia "significativa di un'instaurata affectio familiae, nel naturale rispetto dei diritti ed obblighi reciproci, per l'appunto, come tra (veri) coniugi (articolo 143 c.c.), tale da dimostrare l'instaurazione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto" (Cass. n. 1780/2012), dovendo in tal senso intendersi la locuzione "abbiano convissuto come coniugi" di cui all'articolo 123 c.c., comma 2 in caso di simulazione.

3.3.1. – La corretta risposta a tali quesiti richiede la preliminare individuazione del quadro normativo di riferimento rilevante. Questo è costituito, in primo luogo – come già affermato (cfr., *supra*, n. 3.2.1.) –, dalle pertinenti disposizioni dell'Accordo e del Protocollo addizionale del 1984, nonché dalle norme di diritto interno ivi richiamate, ed inoltre da due fondamentali pronunce della Corte costituzionale le quali, ancorché risalenti nel tempo, conservano intatto il loro valore ermeneutico quanto ai principi ivi affermati: le sentenze n. 18 del 1982 (già menzionata dianzi: cfr., *supra*, n. 3.2.2., lettera e) e n. 203 del 1989. L'articolo 8, dell'Accordo – dopo aver statuito, nel primo periodo del n. 1, che Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previe pubblicazioni nella casa comunale -, nel n. 2, lettera c), stabilisce: 2. Le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività

del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della corte d'appello competente, quando questa accerti; (…) c) che ricorrono le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere. A sua volta, il Protocollo addizionale, in riferimento all'articolo 8, n. 2, dell'Accordo, nel punto 4, alla lettera b precisa: (…) ai fini dell'applicazione degli articoli 796 e 797 del c.p.c. italiano, si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine. La stessa lettera b) del punto 4 prosegue, disponendo: In particolare: 1) si dovrà tener conto che i richiami fatti dalla legge italiana alla legge del luogo in cui si è svolto il giudizio si intendono fatti al diritto canonico; 2) si considera sentenza passata in giudicato la sentenza che sia divenuta esecutiva secondo il diritto canonico; 3) si intende che in ogni caso non si procederà al riesame del merito. Infine, il richiamato articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 7 (cfr, *supra*, n. 3.2.1.) dispone(-va): La corte d'appello dichiara con sentenza l'efficacia nella Repubblica della sentenza straniera quando accerta: (…) 7) che la sentenza non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano. Con la già citata sentenza n. 18 del 1982, la Corte costituzionale – nel dichiarare, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'articolo 1 Cost., comma 2, articolo 7 Cost., comma 1, e articolo 24 Cost., comma 1, della L. 27 maggio 1929, n. 810, articolo 1 (…), limitatamente all'esecuzione data all'articolo 34, comma 6, del Concordato, e della L. 27 maggio 1929, n. 847, articolo 17, comma 2 (…), nella parte in cui le norme suddette non prevedono che alla Corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, spetta accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano – ha, tra l'altro, affermato: a) Le norme denunciate, interpretate come dianzi esposto nel senso, cioè, che la pronuncia di esecutività della corte d'appello sarebbe contraddistinta da una sorta di "automaticità", incidono profondamente e radicalmente sui poteri che in via generale sono attribuiti al giudice, in correlazione con i prescritti accertamenti, allorché sia chiamato a dichiarare l'efficacia nell'ordinamento dello Stato italiano di sentenze emesse in ordinamenti a questo estranei. Ed invero, nello speciale procedimento da esse disciplinato, la mutuazione e la vanificazione dei cennati poteri del giudice italiano, la preclusione di qualsiasi sindacato che esorbiti dall'accertamento della propria competenza e dalla semplice constatazione che la sentenza di nullità sia anche accompagnata dal decreto del tribunale della Segnatura apostolica e sia stata pronunciata nei confronti di matrimonio canonico trascritto agli effetti civili, degradano la funzione del procedimento stesso ad un controllo meramente formale. Così strutturato, nella sua concreta applicazione lo speciale procedimento di delibazione elude due fondamentali esigenze, che il giudice italiano nell'ordinario giudizio di delibazione è tenuto a soddisfare, prima di dischiudere ingresso nel nostro ordinamento a sentenze emanate da organi giurisdizionali ad esso estranei: l'effettivo controllo che nel procedimento, dal quale è scaturita la sentenza, siano stati rispettati gli elementi essenziali del diritto di agire e resistere a difesa dei propri diritti, e la tutela dell'ordine pubblico italiano onde impedire l'attuazione nel nostro ordinamento delle disposizioni contenute nella sentenza medesima, che siano ad esso contrarie; b) Sia l'una che l'altra esigenza si ricollegano e muovono da principi, ai quali si ispirano i parametri costituzionali invocati dai giudici a quibus. Il diritto di agire e resistere in giudizio a dife-

sa dei propri diritti – strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale cui si è fatto dianzi riferimento – trova la sua base soprattutto nell'articolo 24 Cost. La inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nell'articolo 1, comma 2 e ribadita nel comma primo dell'articolo 7 Cost. Entrambi questi principi vanno ascritti nel novero dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", e pertanto ad essi non possono opporre resistenza le denunciate norme, pur assistite dalla menzionata copertura costituzionale, nella parte in cui si pongono in contrasto con i principi medesimi: nella parte, cioè, in cui non dispongono che il giudice italiano, nello speciale procedimento da esse disciplinato, sia tenuto a quegli accertamenti, e sia all'uopo munito dei relativi poteri, volti ad assicurare il rispetto delle fondamentali esigenze dianzi indicate (n. 5. del Considerato in diritto, cfr. anche l'ordinanza n. 138 del 1982). Con la sentenza n. 203 del 1989, la stessa Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi, in riferimento agli articoli 2, 3 e 19 Cost., sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 9, n. 2, dell'Accordo e del punto 5, lettera b), numero 2, del Protocollo addizionale, nel dubbio che tali disposizioni causassero discriminazione in danno degli studenti non avvalentisi dell'insegnamento della religione cattolica, ove le stesse non potessero interpretarsi nel senso dell'insegnamento religioso come insegnamento meramente facoltativo -, dopo aver premesso che, nella materia in discussione, gli articoli 3 e 19 vengono in evidenza come valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione, ha affermato: i valori richiamati concorrono, con altri (articoli 7, 8 e 20 Cost.), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di laicità, quale emerge dagli articoli 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost., implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale, il Protocollo addizionale alla L. n. 121 del 1985 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede esordisce, in riferimento all'articolo 1, prescrivendo che "Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano", con chiara allusione all'articolo 1 del Trattato del 1929 che stabiliva: "L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'articolo 1 dello Statuto del regno del 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato". La scelta confessionale dello Statuto albertino, ribadita nel Trattato lateranense del 1929, viene così anche formalmente abbandonata nel Protocollo addizionale all'Accordo del 1985, riaffermandosi anche in un rapporto bilaterale la qualità di Stato laico della Repubblica italiana (nn. 3. e 4. del Considerato in diritto; cfr. anche, *ex plurimis*, la sentenza n. 334 del 1996, laddove la Corte ha, più in generale, affermato che la distinzione dell'"ordine" delle questioni civili da quello dell'esperienza religiosa (…) caratterizza nell'essenziale il fondamentale o "supremo" principio costituzionale di laicità o non confessionalità dello Stato (…) e significa che la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato: n. 3.2. del Considerato in diritto; cfr. anche l'ordinanza di queste Sezioni Unite n. 14839 del 2011, cit.).

3.4. – Essendo questo ora delineato il quadro normativo di riferimento rilevante, deve osservarsi che, tra le molteplici ragioni che stanno al fondo del denunciato contrasto, v'è certamente quella fondata sulla tesi per cui, pur non potendosi negare la possibilità di distinguere e la stessa distinzione, sul piano giuridico, tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto – al secondo dei quali, peraltro, nessuno dubita debba essere ricondotta la situazione giuridica "convivenza tra i coniugi" o "come coniugi", successiva alla celebrazione del matrimonio-atto, se ne contestano tuttavia il fondamento costituzionale e legislativo e la correlativa tutela, con la conseguenza che detta situazione giuridica di "convivenza", anche se protrattasi per un certo tempo dopo la celebrazione del matrimonio, non sarebbe idonea, di per sé, ad integrare una "norma" di ordine pubblico interno ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana della sentenza canonica di nullità del matrimonio. Tale questione è decisiva per la composizione del contrasto. Al riguardo in particolare, con la già menzionata sentenza n. 4700 del 1988, queste Sezioni Unite hanno, tra l'altro, affermato che (…) la convivenza fra i coniugi, intervenuta successivamente alla celebrazione del matrimonio, ostativa all'impugnazione del matrimonio civile ai sensi dell'articolo 123 c.c., comma 2, seppure si pone come una norma imperativa interna, non costituisce espressione di principi o di regole fondamentali con le quali la Costituzione e le leggi dello Stato delineano l'istituto del matrimonio (…). E proprio tale affermazione è stata recentemente ribadita dalla su menzionata sentenza della Prima Sezione n. 8926 del 2012 – oggetto del contrasto (cfr., *supra*, n. 3.) -, laddove si riportano altri condivisi passi della stessa pronuncia delle Sezioni Unite: Si afferma, quindi, anche all'esito di una disamina dei rapporti fra il giudizio di divorzio e quello relativo alla nullità matrimoniale, che "la limitata portata della convivenza come coniugi" e "l'inesistenza nelle norme costituzionali di un principio chiaramente evincibile circa la prevalenza del matrimonio-rapporto sul matrimonio-atto, anche se viziato", impediscono la praticabilità di un'interpretazione adeguatrice, per la quale in ogni caso di matrimonio nullo per vizi del consenso l'impugnazione dell'atto sarebbe comunque impedita da detta convivenza come coniugi, che finirebbe col comportare "una sostanziale modifica dell'ordinamento". A tali orientamenti, peraltro, si erano già contrapposte queste stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 19809 del 2008 (sia pure, incidentalmente, in una fattispecie particolare – diversa da quella del ricorso in esame – in cui è stata confermata la decisione della corte d'appello che aveva ritenuto non delibabile, per contrarietà assoluta con l'ordine pubblico, una sentenza canonica che, nella formazione della volontà dei nubendi, aveva dato rilievo all'errore soggettivo in cui era incorso un coniuge per dolo dell'altro, il quale aveva negato una relazione prematrimoniale con terze persone), laddove hanno affermato: L'incidenza inderogabile, nel nostro diritto vivente, della forma e della "manifestazione" del consenso da un canto comporta la tipicità con l'oggettività e il carattere esterno delle cause che incidono sulla formazione di esso, perché possa considerarsi viziata o mancante la volontà e d'altro canto giustificano lo speciale rilievo del "rapporto" coniugale, che, nato dall'atto, incide con la sua realizzazione tipica costituita dalla convivenza o coabitazione spesso per un certo periodo di tempo, come fatto convalidante la volontà espressa all'atto della celebrazione e ostativo, per l'ordine pubblico italiano, a far rilevare l'invalidità del consenso del matrimonio in sede giurisdizionale. La riforma del diritto di famiglia ha collegato al decorso di un tempo in genere maggiore di quello in precedenza ritenuto dalla legge ostativo all'annullamento, il rilievo del matrimonio rapporto, riconosciuto in precedenza ma assunto ora a valore cogente, per lo stretto nesso tra esso e il matrimonio atto, sancito nella Costituzione (artico-

lo 29) (n. 3.1. della motivazione in diritto).

3.5. – La distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto e la situazione giuridica "convivenza tra i coniugi" o "come coniugi", da ricondurre senza dubbio alcuno al matrimonio-rapporto, hanno, ad avviso del Collegio – contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza di queste Sezioni Unite n. 4700 del 1988 e dalle successive conformi pronunce -, un nitido e solido fondamento nella Costituzione, nelle Carte europee dei diritti e nella legislazione italiana. Fondamento che, peraltro, ha radici in dati di immediata esperienza umana e giuridica universale. Infatti, già l'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948, ed espressamente richiamata nei preamboli sia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia dalla L. 4 agosto 1955, n. 848, sia del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia dalla L. 25 ottobre 1977, n. 881) – dopo aver affermato che Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione – stabilisce che Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento (paragrafo 1), precisando altresì che il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi (paragrafo 2). Dalla piana lettura di queste disposizioni emerge chiaramente non solo la più volte richiamata distinzione tra matrimonio-atto (cui si riferiscono il paragrafo 2 e l'espressione riguardo al matrimonio del paragrafo 1) e matrimonio-rapporto (cui si riferisce l'espressione durante il matrimonio dello stesso paragrafo 1), ma anche l'autonoma valorizzazione del rapporto matrimoniale sotto il profilo dell'eguaglianza dei diritti dei coniugi. Ancora più precisamente dispone l'articolo 23, paragrafo 4, del citato Patto internazionale sui diritti civili e politici – secondo il quale Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria -, laddove pone opportunamente l'accento, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento, sulle responsabilità dei coniugi nei rapporti reciproci e verso i figli. Analoghe disposizioni sono dettate anche dall'articolo 5, primo periodo, del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, concernente l'estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 984 e reso esecutivo dalla L. 9 aprile 1990, n. 98, secondo il quale I coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civilistico tra loro e nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso. La nostra Costituzione distingue nitidamente il matrimonio-atto – cui senza dubbio si riferisce l'articolo 29, comma 1 laddove stabilisce che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia fondata sul matrimonio – dal matrimonio-rapporto, cui certamente si riferiscono sia lo stesso articolo 29, comma 1 laddove definisce la famiglia con l'espressione fortemente evocativa società naturale, sia il secondo comma dello stesso articolo 29, laddove il matrimonio (…) ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi evoca chiaramente lo svolgimento del rapporto e della vita matrimoniali, sia infine l'articolo 30, comma 1, nella parte in cui fissa le principali responsabilità genitoriali nei confronti dei figli, e l'articolo 31, comma 1, laddove stabilisce che La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei

compiti relativi (…). La stessa distinzione emerge in modo chiarissimo anche da molteplici disposizioni del Codice civile e di leggi ordinarie, fra le quali è centrale l'articolo 143 cod. civ. (nel testo sostituito dalla L. 19 maggio 1975, articolo 24 sulla riforma del diritto di famiglia) che, nel comma 1 (Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri), si riferisce certamente al matrimonio-atto come "fonte" di eguali diritti e doveri dei coniugi, mentre, nel secondo (Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione) e nel comma 3 (Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia), il riferimento è sicuramente al matrimonio-rapporto, cioè allo svolgimento del rapporto coniugale e della vita familiare (articolo 144 cod. civ.) in tutte le sue dimensioni, morali e materiali, rilevanti sul piano giuridico. Ciò, senza dimenticare i doveri verso i figli imposti ad entrambi i coniugi dall'articolo 147 cod. civ. (nel testo sostituito dal Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, articolo 3), secondo cui Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare ed assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315-*bis* inserito dalla L. 10 dicembre 2012, n. 219, articolo 1, comma 8, dove, ancora una volta, il riferimento è sicuramente al matrimonio-rapporto, allorquando sia caratterizzato dalla generazione di figli e dalle relative responsabilità genitoriali. È indispensabile sottolineare, poi, che le menzionate disposizioni, costituzionali ed ordinarie, sul .matrimonio-rapporto debbono essere correttamente interpretate in conformità con i principi fondamentali affermati dall'articolo 2 Cost.: La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti (…). E proprio da tale ultima disposizione l'articolo 2 Cost., appunto, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani (così la Corte costituzionale nella sentenza n. 494 del 2002, n. 6.1. del Considerato in diritto). Del resto, il richiamo di tali principi fondamentali è comune alle menzionate sentenze della Prima Sezione (nn. 1343 del 2011 e 9844 del 2012) che si contrappongono all'orientamento seguito dalle sentenze delle Sezioni Unite n. 4700 del 1988 e della Prima Sezione n. 8926 del 2012. Questo quadro normativo di base mostra in modo molto chiaro non soltanto che la distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto – diversamente da quanto ritenuto dall'orientamento espresso con la citata sentenza delle Sezioni Unite n. 4700 del 1988 e dalle successive sentenze che l'hanno ribadito – ha nitide e solide basi costituzionali e legislative, ma anche che la relazione tra il matrimonio come atto ed il matrimonio come rapporto deve porsi in termini non già di "prevalenza" (cfr. la sentenza n. 8926 del 2012 cit), cioé di pretesa superiorità assiologica, dell'uno rispetto all'altro (che sembra alludere in qualche modo alla natura "sacramentale" del matrimonio cattolico), bensì di distinzione appunto: nel senso, cioè, che questi due aspetti, o dimensioni, dell'istituto giuridico "matrimonio" hanno ragioni, disciplina e tutela distinte – come del resto emerge dalla stessa sistematica del Codice civile (rispettivamente, Capi 3 e 4 del medesimo Titolo 6 del Libro 1) – e devono, quindi, essere distintamente considerati, anche – ed è ciò che specificamente rileva in questa sede – per l'individuazione dei principi e delle regole fondamentali che, connotando nell'essenziale ciascuno di essi, sono astrattamente idonei ad integrare norme di ordine pubblico interno che,

come tali, possono essere ostative anche alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario. In definitiva, il matrimonio-rapporto, il quale ha certamente origine nel matrimonio-atto, può ritenersi un'espressione sintetica comprensiva di molteplici aspetti e dimensioni dello svolgimento della vita matrimoniale e familiare – che si traducono, sul piano rilevante per il diritto, in diritti, doveri, responsabilità -, caratterizzandosi così, secondo il paradigma dell'articolo 2 Cost., come il "contenitore", per così dire, di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche.

3.6. – E un elemento essenziale del matrimonio-rapporto è certamente costituito dalla "convivenza" dei coniugi o "come coniugi" che, nell'attuale specifico significato giuridico di tale espressione, connota il rapporto matrimoniale in modo determinante. Per intendere l'attuale significato giuridico della nozione di "convivenza" dei coniugi, non è certo risolutiva la sola disciplina dettata dal codice civile. In questo coesistono, infatti, espressioni che fanno riferimento sia alla "coabitazione" dei coniugi (cfr., ad esempio, l'articolo 143, comma 2, articolo 119, comma 2, articolo 120, comma 2) – termine, di natura sicuramente tralatizia presente fin dal codice civile del 1865, che, letteralmente inteso, rimanda al fatto di abitare insieme nella stessa casa familiare – sia alla "convivenza" degli stessi (cfr., ad esempio, l'articolo 120, comma 2, articolo 151, comma 1, articolo 232, comma 2). Quanto all'espressione "coabitazione" in particolare, se si tiene conto del diritto di ciascuno dei coniugi, in forza dell'articolo 45 c.c., comma 1, di stabilire il proprio domicilio nel luogo corrispondente alla sede principale dei propri affari o interessi – luogo che può anche non coincidere, per i motivi più vari (come, ad esempio, per inderogabili esigenze di lavoro), con quello ove è stata stabilita la residenza della famiglia (articolo 144 e articolo 146, commi 1 e 2) -, non può sicuramente escludersi il diritto dei coniugi di concordare liberamente forme non tradizionali di rapporto matrimoniale – non caratterizzate, cioè, (anche) dalla mera "coabitazione", letteralmente intesa -, dalle quali sia tuttavia possibile inferire, secondo le concrete circostanze, una effettiva convivenza degli stessi (cfr. la significativa affermazione della Corte EDU, Grande Camera, sentenza 7 novembre 2013, Vallianatos ed altri contro Grecia, n. 84, secondo cui non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata, garantite dall'articolo 8, par. 1, della CEDU). Per individuare più precisamente il significato e i contenuti attuali della nozione di "convivenza" – da preferire rispetto a quella di "coabitazione", per la sua indiscutibile, maggiore comprensività semantica -, è allora indispensabile fare riferimento innanzitutto alla Costituzione, ed anche alle carte europee dei diritti che, com'è noto, vincolano, sia pure con diversa intensità, l'interprete: in particolare, all'articolo 8, par. 1, della CEDU – secondo cui Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare (…) – ed all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (…) (cosiddetta "Carta di Nizza" che, com'è noto, ha lo stesso valore giuridico dei trattati: articolo 6, par. 1, TUE). La Corte costituzionale ha già da tempo affermato che la garanzia della "convivenza del nucleo familiare" si radica "nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori", e che "il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono (…) diritti fondamentali della persona (cfr. le sentenze n. 28 del 1995, n. 4. del Considerato in

diritto, n. 203 del 1997, n. 4. del Considerato in diritto, n. 376 del 2000, n. 6. del Considerato in diritto). E più recentemente – ma nella medesima prospettiva – il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme che arrecano un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli articoli 29, 30 e 31 Cost. e che la Repubblica è vincolata a sostenere, anche con specifiche agevolazioni e provvidenze, in base alle suddette previsioni costituzionali (così, la sentenza n. 202 del 2013, n. 4.4. del Considerato in diritto). In questa stessa sentenza – con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli articoli 2, 3, 29, 30 e 31, nonché dell'articolo 117 Cost., comma 1, in relazione all'articolo 8 della CEDU, del Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, articolo 5, comma 5 (…), nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che "ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto", e non anche allo straniero "che abbia legami familiari nel territorio dello Stato" -, la Corte ha istituito un raffronto (come, del resto, già fatto in generale altre volte: cfr., *ex plurimis*, la sentenza n. 264 del 2012, nn. da 4. a 4.2. del Considerato in diritto) tra la tutela garantita dalle su menzionate norme della Costituzione e quella garantita dall'articolo 8, par. 1, della CEDU e dall'articolo 7 Carta di Nizza. In particolare, la Corte – nel rammentare che La Corte di Strasburgo ha (…) sempre affermato (*ex plurimis*, pronuncia 7 aprile 2009, Cherif e altri c. Italia) (…) che, quando nel Paese dove lo straniero intende soggiornare vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico, *ex* articolo 8, par. 1, della CEDU, e che La ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento richiesto dall'articolo 8 della CEDU implicano, secondo la Corte europea, (…) la possibilità di valutare una serie di elementi desumibili dall'attenta osservazione in concreto di ciascun caso, quali, ad esempio, (…) la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia – ha affermato che Una simile attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall'articolo 8 della CEDU, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente, per quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale (n. 5. del Considerato in diritto). Sotto altri profili e in fattispecie diverse, la stessa Corte costituzionale ha comunque osservato che (…) l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna (…), e che peraltro nella nozione di formazione sociale, di cui all'articolo 2 Cost., è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso (sentenza n. 138 del 2010, nn. 6. e 8. del Considerato in diritto; si veda anche la recente sentenza n. 170 del 2014, nn. 5.5. e 5.6. del Considerato in diritto). A sua volta, la Corte EDU ha, innanzitutto, affermato più volte che: a) se l'articolo 8 ha essenzialmente per oggetto la tutela dell'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, esso non si limita ad ordinare allo Stato di astenersi da tali ingerenze: a tale obbligo negativo possono aggiungersi obblighi positivi attinenti ad un effettivo rispetto della vita privata o familiare i quali possono implicare l'adozione di misure finalizzate al rispetto della vita familiare, incluse le relazioni reciproche fra individui, e la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti ad assicurare i legittimi diritti degli interessati, nonché il rispetto delle

decisioni giudiziarie ovvero di misure specifiche appropriate (cfr., *ex plurimis*, la sentenza, Seconda Sezione, 29 gennaio 2013, Lombardo contro Italia, n. 80, e la sentenza della Grande Camera 3 novembre 2011, S. H. ed altri contro Austria, n. 87); b) la nozione di famiglia in base a questa disposizione [l'art. 8] non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami "familiari" di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio (…) con una stabile relazione di fatto idonea ad instaurare una relazione durevole fra i conviventi (cfr., *ex plurimis*, la sentenza della Grande Camera 24 giugno 2010, Schalk e Kopf contro Austria, n. 91 e segg.); c) la questione dell'esistenza o dell'assenza di una "vita familiare" è anzitutto una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di legami personali stretti (cfr., *ex plurimis*, la sentenza 27 aprile 2010 Moretti e Benedetti contro Italia, n. 44). Quanto, in particolare, alla coppia sposata, (…) l'expression "vie familiale" implique normalement la cohabitation. L'article 12 [della CEDU, che garantisce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia] le confirme car le droit de fonder une famille ne se conçoit guère sans celui de vivre ensemble (Grande Camera, sentenza 28 maggio 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali contro Regno Unito, n. 62), anche se – come già sottolineato – non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata garantite dall'articolo 8, par. 1, della CEDU (cfr. la già citata sentenza della Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos ed altri contro Grecia, n. 84). Infine, occorre sottolineare che, secondo il suo consolidato orientamento, la Corte di giustizia dell'Unione europea afferma che l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (…), relativo al diritto al rispetto alla vita privata e familiare, contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'articolo 8, n. 1, della CEDU e che pertanto occorre attribuire all'articolo 7 della Carta lo stesso significato e la stessa portata attribuiti all'articolo 8, n. 1, della CEDU, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (così, *ex plurimis* e fra le ultime, la sentenza della Grande Sezione 15 novembre 2011, causa C-256/11). Dall'analisi della richiamata giurisprudenza emerge, quindi, che la Corte EDU individua come vita familiare, garantita dall'articolo 8, par. 1, della CEDU, quella connotata – nell'ambito del, o fuori dal, matrimonio – da una coabitazione o da una convivenza (nozioni che, in tale giurisprudenza, che peraltro utilizza in prevalenza la seconda espressione, tendono sostanzialmente a coincidere) "stabili" e comunque "non transitorie", o da rapporti affettivi "significativi e duraturi" (i menzionati legami personali stretti o legami familiari), o ancora dalla presenza di figli concepiti secondo un "progetto procreativo comune". Resta così confermato, anche alla luce delle significative convergenze della giurisprudenza costituzionale, della Corte EDU e della Corte di giustizia UE, che la "convivenza" – e, dunque, non la sola e mera "coabitazione" – dei coniugi o "come coniugi" – cioè, la consuetudine di vita comune, il vivere insieme – stabilmente e con continuità nel corso del tempo o per un tempo significativo tale da costituire legami familiari, nei sensi dianzi specificati – integra un aspetto essenziale e costitutivo del matrimonio-rapporto, caratterizzandosi al pari di questo, secondo il paradigma dell'articolo 2 Cost., come manifestazione di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di "aspettative legittime" e di "legittimi affidamenti" degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari. Essa perciò – ribadendo al riguardo, con la Corte costituzionale (cfr., *supra*, n. 3.3.1., la sentenza n. 18 del 1982), che La inderogabile tutela dell'ordine pubblico (…) è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma 2 dell'articolo 1, e ribadita nell'articolo 7 Cost., comma 1, e che le norme

d'ordine pubblico si individuano nelle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società – connota nell'essenziale, al pari di altri aspetti o dimensioni del matrimonio-rapporto che qui non rilevano, lo stesso istituto matrimoniale delineato dalla Costituzione e dalle leggi che lo disciplinano ed è quindi costitutiva di una situazione giuridica che, in quanto regolata da disposizioni costituzionali, convenzionali ed ordinarie, è perciò tutelata da norme di ordine pubblico italiano, secondo il disposto di cui all'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 1.

3.7. – Proprio in ragione di queste stesse caratteristiche, la nozione di "convivenza coniugale" richiede tuttavia – ai fini che in questa sede rilevano – un'ulteriore, duplice specificazione per la sua corretta individuazione sul piano giuridico. Tali specificazioni riguardano: l'"esteriorità" – o, più precisamente, la sua "riconoscibilità esteriore" – e la determinazione, secondo ragionevolezza, del periodo di tempo necessario perché essa possa qualificarsi "stabile".

3.7.1. – Quanto alla prima specificazione, concernente l'"esteriorità" della convivenza coniugale, è sufficiente osservare – rilevando sul piano giuridico, quantomeno in linea generale e tendenziale, fatti e comportamenti, e restando invece irrilevanti tutti gli aspetti del cosiddetto "foro interno" (cfr., ad esempio, la fattispecie di cui all'articolo 237 cod. civ., nel testo modificato dal Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, articolo 12, comma 1, relativa ai Fatti costitutivi del possesso di stato di figlio) – che la convivenza coniugale con i predetti caratteri deve essere esteriormente riconoscibile attraverso fatti e comportamenti che vi corrispondano in modo non equivoco e, perciò, essere anche dimostrabile in giudizio, da parte dell'interessato, mediante idonei mezzi di prova, ivi comprese le presunzioni semplici assistite dai noti requisiti di cui all'articolo 2729 c.c., comma 1 (l'esempio più vicino è quello prefigurato dall'articolo 157 cod. civ., relativo alla cessazione degli effetti della separazione, e quindi alla ripresa di una convivenza – non purchessia ma – con dette caratteristiche, che esige comportamenti non equivoci incompatibili con lo stato di separazione: cfr. al riguardo, *ex plurimis*, le sentenze nn. 12314 del 2007 e 28655 del 2013; v. altresì, *infra*, nn. 4.1. e 4.3.).

3.7.2. – Quanto alla seconda specificazione, concernente la "stabilità" della convivenza, v'è da osservare, innanzitutto, che tale qualità – pur concordemente evocata, come già detto, dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee quale connotato che la caratterizza nell'ambito del, o fuori dal, matrimonio – non è temporalmente determinata. Questa mancanza viene in genere giustificata, per i rapporti extramatrimoniali, perché in tali rapporti sono normalmente decisive le circostanze del caso concreto, e, per i rapporti matrimoniali, in base al rilievo che detta stabilità deriva (o dovrebbe derivare) immediatamente dalla stessa tendenziale stabilità del vincolo formale contratto dai coniugi. Tuttavia – agli specifici fini che rilevano in questa sede: la composizione del denunciato contrasto di giurisprudenza -, appare indispensabile individuare, secondo diritto e ragionevolezza, il periodo di tempo dalla celebrazione del matrimonio, trascorso il quale dalla convivenza coniugale con dette caratteristiche può legittimamente inferirsi anche una piena ed effettiva "accettazione del rapporto matrimoniale", tale da implicare anche la sopravvenuta irrilevanza giuridica dei vizi genetici eventualmente inficianti l'"atto" di matrimonio, che si considerano perciò "sanati" dall'accettazione del rapporto. È proprio questa – il favor matrimonii, conseguente alla consapevole, piena ed effettiva assunzione e prosecuzione del rapporto matrimoniale -, in sostanza, la ratio sottesa a quelle norme del codice civile che sanciscono la decaden-

za dalle azioni di annullamento del matrimonio (articolo 119, comma 2, articolo 120, comma 2, articolo 122, comma 4), allorquando, venute meno le cause del vizio dell'atto (revoca dell'interdizione, recupero della "capacità naturale", cessazione della violenza morale, scoperta dell'errore), vi è stata coabitazione per un anno. Norme queste, relativamente alle quali è significativo notare – nel senso della valorizzazione del fatto della "coabitazione successiva" – il progressivo ampliamento del termine di decadenza da parte del legislatore: da quello di un mese del codice civile del 1865 a quello di tre mesi del codice del 1942, fino all'attuale termine di un anno stabilito dalla riforma del diritto di famiglia del 1975. E la medesima ratio sta anche alla base dell'articolo 123 – concernente gli accordi simulatori degli sposi relativi al contraendo matrimonio -, il quale, al secondo comma, stabilisce che L'azione di annullamento non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima. La differenza di tale fattispecie rispetto alle precedenti sta in ciò, che – trattandosi di accordi simulatori convenuti da entrambi gli sposi prima del matrimonio, ed esclusivamente "tra gli stessi", senza coinvolgimento di terzi – la decadenza dall'azione di annullamento per ciascuno dei coniugi è individuata o nel decorso del termine di un anno dalla celebrazione del matrimonio, oppure – sine die – nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima: ciò, in quanto il legislatore ha ritenuto che il tempo di un anno dalla celebrazione del matrimonio o la "convivenza come coniugi" dopo tale data siano fatti idonei a far legittimamente presumere il sopravvenuto consenso degli stessi sull'inefficacia di detti accordi. L'elemento comune sta, invece, nella valorizzazione – espressa più nitidamente nell'articolo 123, secondo comma, alla luce delle considerazioni che precedono – della capacità "sanante" dei vizi genetici (accordi simulatori) dell'atto matrimoniale, attribuita proprio alla "convivenza come coniugi".

3.7.3. – Ciò posto, resta da individuare – proprio alla luce delle più volte ricordate norme costituzionali e convenzionali – la ragionevole durata della convivenza coniugale, decorrente dalla data di celebrazione del matrimonio, idonea a far legittimamente presumere la raggiunta stabilità del rapporto matrimoniale. Al riguardo, il Collegio ritiene di poter prendere a riferimento – in ragione, come si vedrà, delle strette connessioni analogiche tra le fattispecie, secondo il canone ermeneutico di cui all'articolo 12 disp. gen., comma 2, primo periodo, (Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe) – la L. 4 maggio 1983, n. 184, articolo 6, commi 1 e 4 (Diritto del minore ad una famiglia), nel testo sostituito dalla L. 28 marzo 2001, n. 149, articolo 6, comma 1 (Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al titolo 8 del libro primo del codice civile), secondo i quali: 1. L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto.

Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto (cfr. anche la stessa L. n. 184 del 1983, articolo 29-bis, comma 1, che richiede per gli adottanti, ai fini dell'adozione internazionale, le medesime condizioni soggettive di cui all'articolo 6). Il testo originario della L. n. 184 del 1983, articolo 6, comma 1 prevedeva: L'adozione è permessa ai coniugi uni-

ti in matrimonio da almeno tre anni tra i quali non sussista separazione personale neppure di fatto e che siano idonei ad educare, istruire ed in grado di mantenere i minori che intendono adottare. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità, in riferimento all'articolo 2 Cost., di tale disposizione originaria – nella parte (rimasta sostanzialmente immutata) in cui dispone(va) che, ai fini dell'idoneità ad adottare, i coniugi aspiranti siano uniti in matrimonio da almeno tre anni, in un caso in cui tali coniugi vantavano una convivenza prematrimoniale di dieci anni -, con la sentenza n. 281 del 1994, nel dichiarare non fondata tale questione, ha affermato, tra l'altro, che la norma censurata è coerente col principio, riconosciuto da questa Corte (sentenze n. 89/1993; n. 310/1989; n. 404/1988; nn. 198 e 237 del 1986; n. 11/1981; n. 45/1980), secondo cui l'istituto dell'adozione è finalizzato alla tutela prevalente dell'interesse del minore. Tale principio comporta, fra l'altro, che, ai fini della complessa opera di selezione dei soggetti idonei a svolgere il delicatissimo compito di educare ed accogliere un bambino abbandonato, costituisce criterio fondamentale quello che la doppia figura genitoriale sia unita dal "vincolo giuridico che garantisce stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività di diritti e doveri del nucleo in cui il minore sarà accolto" (sentenza n. 310 del 1989); ha inoltre sostanzialmente avallato la scelta adottata dal legislatore italiano, che, al pari di numerosi legislatori europei, intende il matrimonio, a tal fine, non solo come "atto costitutivo" ma anche come "rapporto giuridico", vale a dire come vincolo rafforzato da un periodo di esperienza matrimoniale, in cui sia perdurante la volontà di vivere insieme in un nucleo caratterizzato da diritti e doveri; ed ha precisato infine che il criterio dei tre anni successivi alle nozze si configuri come requisito minimo presuntivo a dimostrazione della stabilità del rapporto matrimoniale (…) (n. 2. del Considerato in diritto; da notare che l'introduzione del comma 4 dell'articolo 6 ad opera della L. n. 149 del 2001, articolo 6, comma 1 deriva proprio dalle osservazioni svolte dalla Corte, nel n. 4. del Considerato in diritto, favorevoli alla prolungata convivenza prematrimoniale, stabile e continuativa, come requisito legittimante all'adozione). Dalla piana lettura del su riprodotto vigente testo della L. n. 184 del 1983, articolo 6, commi 1 e 4 e delle affermazioni della Corte costituzionale ora riportate risulta del tutto evidente, naturalmente mutatis mutandis, la loro ragionevole riferibilità anche alla fattispecie in esame: a ben vedere, convergono infatti in tal senso tutti gli argomenti fondati sia sulla distinzione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, sia sugli elementi essenziali del rapporto matrimoniale come sintesi di diritti, di doveri e di responsabilità, sia sulla valorizzazione della convivenza coniugale con le individuate caratteristiche, segnatamente di "stabilità" e di "continuità", sia e soprattutto – per quanto ora specificamente rileva – sul criterio dei tre anni successivi alle nozze quale requisito minimo presuntivo a dimostrazione della stabilità del rapporto matrimoniale. Tutte le considerazioni che precedono consentono, perciò, di affermare in modo compiuto che la convivenza dei coniugi, connotata dai più volte sottolineati caratteri e protrattasi per almeno tre anni dopo la celebrazione del matrimonio, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di ordine pubblico italiano, secondo il disposto di cui all'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 7, osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario.

3.7.4. – Al termine dell'analisi delle disposizioni passate in rassegna, deve in ogni caso sottolinearsi che il fondamento del significato della "convivenza coniugale", da intendere nei sensi su precisati, e della particolare tutela ad essa assicurata sta immediatamente ed esclusivamente – non già nelle menzionate disposizioni

del codice civile e della legge ordinaria, ma – nelle norme della Costituzione e delle Convenzioni europee dianzi esaminate ed interpretate alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee, sicché dette disposizioni "ordinarie", da interpretare in senso costituzionalmente e convenzionalmente conforme, confermano e rafforzano tutte le conclusioni raggiunte.

3.7.5. – Come correttamente richiesto con l'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite, si tratta ora di stabilire se tale limite alla delibazione dipenda, oppure no, dalla natura del vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dalla sentenza canonica: in altri termini, se il giudice della delibazione, ai fini dell'applicazione del limite medesimo, debba distinguere, oppure no, tra i vizi comportanti la nullità del matrimonio accertati e dichiarati secondo il diritto canonico. La risposta negativa al quesito si impone per la decisiva ragione che all'affermazione della convivenza coniugale, successiva al matrimonio "concordatario" regolarmente trascritto e con i caratteri dianzi individuati, quale "limite generale" d'ordine pubblico italiano alla delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici, consegue necessariamente, ai fini dell'applicazione di tale limite generale, l'irrilevanza nell'"ordine civile" di qualsiasi vizio genetico del matrimonio canonico, tutte le volte che esso sia stato accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'"ordine canonico" nonostante la sussistenza dell'elemento essenziale della convivenza coniugale: in tutti questi casi, infatti, si manifesta chiaramente la radicale collisione di detti vizi genetici del matrimonio canonico con l'individuato limite d'ordine pubblico. Peraltro – diversamente opinando -, la risposta affermativa a detto quesito implicherebbe una inammissibile invasione del giudice italiano nella giurisdizione ecclesiastica in materia di nullità del matrimonio, riservata dall'Accordo esclusivamente ai tribunali ecclesiastici nell'"ordine canonico" (articolo 8, numero 2): in particolare, il giudice italiano, al fine di decidere sulla domanda di delibazione sotto il profilo dell'applicabilità del predetto limite generale d'ordine pubblico, dovrebbe, previamente ed inevitabilmente, procedere ad una interpretazione delle singole norme del codice di diritto canonico disciplinanti le fattispecie di nullità ivi previste, distinguendo fra di esse e stabilendo eventualmente una gerarchia fra le stesse, valicando così inammissibilmente i confini della giurisdizione nell'"ordine civile", a sé riservata dalle disposizioni dell'Accordo.

3.8. – Le conclusioni dianzi raggiunte richiedono tuttavia – tenuto conto, in particolare, degli argomenti svolti dalla difesa della controricorrente – qualche ulteriore osservazione sull'ordine pubblico quale limite alla delibabilità di dette sentenze canoniche, sul principio di laicità dello Stato, sulla interpretazione delle pertinenti disposizioni dell'Accordo di Villa Madama e sugli effetti della presente decisione.

3.8.1. – Al riguardo, è indispensabile innanzitutto ribadire nuovamente i principi affermati con le fondamentali sentenze della Corte costituzionale n. 18 del 1982 e n. 203 del 1989 (cfr., *supra*, n. 33.1.). La difesa del controricorrente in particolare, con la memoria di cui all'articolo 378 cod. proc. civ., insiste molto sui rilievi che una pronuncia di questa Corte nel senso da essa non auspicato determinerebbe sia una ingiusta discriminazione in danno del *civis fidelis* – il quale subirebbe l'assurda discrasia di essere, come cristiano, non più coniuge per la Chiesa cattolica e invece restare, come cittadino, coniuge per lo Stato (pag. 13) – sia, più in generale, un vero e proprio vulnus all'Accordo del 1984. Circa tali rilievi, può immediatamente osservarsi: per un verso, che il principio fondamentale di laicità, o non confessionalità, dello Stato comporta che Qualunque atto di significato religioso, fosse pure il più doveroso dal punto di vista di una religione e delle sue istituzioni, rappresenta sempre per lo Stato esercizio della libertà dei propri cittadini, e che qualsiasi inter-

vento dello Stato su atti o fatti aventi significato religioso è escluso comunque, in conseguenza dell'appartenenza della religione a una dimensione che non è quella dello Stato e del suo ordinamento giuridico, al quale spetta soltanto il compito di garantire le condizioni che favoriscano l'espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione (Corte costituzionale, sentenza n. 334 del 1996 cit., n. 3.1. del Considerato in diritto); per altro verso, che la denunciata "scissione" di effetti, conseguente alla sentenza di nullità matrimoniale pronunciata nell'ordinamento canonico e non delibata, perché non delibabile, nell'ordinamento italiano, è conseguenza legittima, per tutti i cives fideles, della distinzione-separazione tra i due ordinamenti, scolpita nell'articolo 7 Cost., comma 1 e "riaffermata" nell'articolo 1 dello stesso Accordo. Deve inoltre rilevarsi che la risoluzione del denunciato "conflitto personale" del civis fidelis nel senso auspicato dal controricorrente postulerebbe necessariamente, nonostante la pronuncia della Corte costituzionale n. 18 del 1982, la delibazione "automatica" di qualsiasi sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, con conseguente "eliminazione", in palese violazione dell'articolo 1 Cost., comma 2, e articolo 7 Cost., comma 1, della giurisdizione del giudice italiano in materia. Del resto, rientra nella stessa logica del sistema consensualmente accettato con l'Accordo la possibilità che determinate sentenze di nullità matrimoniale pronunciate dai tribunali ecclesiastici non siano delibate, in particolare, per contrarietà con l'ordine pubblico italiano. Ciò è già accaduto più volte, ad esempio, per quelle sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di un coniuge soltanto, di uno dei *bona matrimonii*: in tali casi, infatti, questa Corte ha costantemente affermato che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione postula che essa sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, o ancora che non l'abbia conosciuta esclusivamente a causa della sua negligenza, in quanto, qualora tali situazioni non ricorrano, la delibazione è impedita dalla contrarietà con l'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 24047 del 2006 e 3378 del 2012).

3.8.2. – I principi fondamentali, dianzi richiamati e ribaditi, e gli argomenti che li supportano conservano validità e valore ermeneutico intatti anche nella vigenza degli Accordi di Villa Madama, come chiaramente affermato dalla citata pronuncia costituzionale n. 203 del 1989 (cfr., *supra*, n. 3.3.1.) con la conseguenza che le disposizioni di tali Accordi debbono essere interpretate innanzitutto in conformità con tali principi fondamentali. È opportuno quindi riesaminare, in tale prospettiva, alcuni punti critici dello specifico quadro normativo di riferimento della fattispecie. Quanto, in particolare, all'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 7, l'inequivoca formulazione letterale di tale norma del codice di rito civile, cui materialmente rinvia il punto 4, lettera b), del Protocollo addizionale, nonché i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 18 del 1982 non consentono alcun dubbio né circa il parametro da applicare – «l'ordine pubblico italiano» appunto, non già l'ordine pubblico internazionale, come invece viene adombrato con riferimento all'inapplicabile citata L. n. 218 del 1995, articolo 64, lettera g), (cfr., *supra*, n. 3.2.1., nonché la sentenza n. 17349 del 2002 che, tuttavia, definisce l'ordine pubblico internazionale quello costituito dai soli principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico) -, né circa il contenuto di esso, costituito, si ribadisce, dalle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, la

cui inderogabile tutela è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nell'articolo 1 Cost., comma 2, e ribadita nell'articolo 7 Cost., comma 1 (cfr. al riguardo, *ex plurimis*, le sentenze di queste Sezioni Unite nn. 19809 e 14199 del 2008). E tutte le precedenti considerazioni sui caratteri della convivenza "come coniugi" confermano che questa connota nell'essenziale l'istituto del matrimonio civile italiano ed è, quindi, costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie certamente qualificabili siccome di ordine pubblico. Non è, poi, certamente d'ostacolo alla piena ed effettiva applicazione dell'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 7, l'ambiguo "canone ermeneutico", enunciato dalla disposizione del Protocollo addizionale di cui al punto 4, lettera b) [(…) ai fini dell'applicazione degli articoli 796 e 797 c.p.c. italiano, si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale, che in esso ha avuto origine. (…)], chiaramente rivolto al giudice della delibazione. Tale disposizione – di significato equivoco, se isolatamente considerata – fa riferimento alla specificità dell'ordinamento canonico, da intendersi – parrebbe – in stretta correlazione con il fatto che il matrimonio "concordatario", contratto secondo le norme del diritto canonico, per ciò stesso ha avuto origine in tale ordinamento e conserva quindi la natura di "sacramento" (C.J.C., can. 1055), sicché è al matrimonio canonico-sacramento che vengono, ciononostante, consensualmente riconosciuti gli effetti civili (art. 8, paragrafo 1, dell'Accordo). Ma, anche ad ammettere, per mera ipotesi, che sia questo il "vero" significato della disposizione – o meglio, di quella che è soltanto una "premessa" della disposizione – resterebbero pur sempre dubbie le conseguenze di tale specificità (…) ai fini dell'applicazione degli articoli 796 e 797 c.p.c. italiano, dovendosi escludere, in limine, che essa alluda tout court al carattere "originario" dell'ordinamento giuridico canonico, che ne implicherebbe l'"esclusività" anche in termini di giurisdizione, perché un'interpretazione siffatta colliderebbe radicalmente sia con l'articolo 7 Cost., comma 1, che afferma la sovranità, oltreché della Chiesa cattolica, anche dello Stato, sia con lo stesso articolo 1 dell'Accordo, con cui le Parti riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani e si impegnano al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti. Deve ritenersi allora, secondo un'interpretazione conforme alla Costituzione ed all'Accordo, che a detta disposizione non può darsi altro significato che quello di fungere da mera premessa generale, esplicativa delle ragioni per le quali vengono indicate, «In particolare», le tre prescrizioni (relative alla competenza, al giudicato e al divieto di riesame del merito della sentenza canonica, in deroga, rispettivamente, all'articolo 796 c.p.c., comma 1, articolo 797 c.p.c., comma 1, nn. 1 e 4, e articolo 798 cod. proc. civ.) vincolanti il giudice della delibazione: tali prescrizioni infatti – costituenti le uniche limitazioni, consensualmente accettate dalle Parti, al pieno ed effettivo esercizio della giurisdizione (e, quindi, all'esercizio della sovranità dello Stato italiano) da parte del giudice della delibazione (cfr., *supra*, n. 3.2.2., lettera c) – sono tutte riconducibili alla premessa specificità dell'ordinamento canonico per il fatto che il vincolo matrimoniale (…) in esso ha avuto origine). Di qui, la conseguenza – fatte salve le tre predette eccezioni – del pieno ed effettivo esercizio della giurisdizione da parte del giudice della delibazione, quanto in particolare all'esercizio del potere di controllo della sentenza canonica di nullità del matrimonio sotto il profilo della sua eventuale contrarietà con l'ordine pubblico italiano.

3.9. – A composizione del denunciato contrasto di giurisprudenza (cfr., *supra*, n. 3.3.), deve pertanto enunciarsi il seguente, articolato principio di diritto: La convivenza "come coniugi" deve intendersi – secondo la Costituzione (articoli 2, 3,

29, 30 e 31), le Carte europee dei diritti (articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ed il Codice civile – quale elemento essenziale del matrimonio-rapporto, che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari. In tal modo intesa, la convivenza "come coniugi", protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio "concordatario" regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di "ordine pubblico italiano" e, pertanto, anche in applicazione dell'articolo 7 Cost., comma 1, e del principio supremo di laicità dello Stato, è ostativa – ai sensi dell'Accordo, con Protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, reso esecutivo dalla L. 25 marzo 1985, n. 121 (in particolare, dell'articolo 8, numero 2, lettera c, dell'Accordo e del punto 4, lettera b, del Protocollo addizionale), e dell'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 7, – alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'"ordine canonico" nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale.

4. – L'affermazione di tale principio di diritto incide ovviamente, sotto il relativo profilo, anche sulla struttura, sull'oggetto e sullo svolgimento del giudizio di delibazione dinanzi alla competente corte d'appello, quale delineato dall'articolo 8, n. 2, dell'Accordo, dal punto 4, lettera b), del Protocollo addizionale e dai previgenti articoli 796 e 797 cod. proc. civ. Al riguardo, l'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite, pone correttamente le seguenti ulteriori questioni: (…) 2. – se .... il contrasto tra l'indicata condizione [la convivenza coniugale, nei sensi dianzi indicati] e l'ordine pubblico interno sia verificabile d'ufficio dalla Corte d'appello, versandosi in un caso d'impedimento assoluto alla riconoscibilità della sentenza ecclesiastica (in tal senso Cass. citata n. 1780 del 2012), dal momento che l'ordine pubblico esprime valori di natura indeclinabile ed è per l'effetto indisponibile, ovvero sia rilevabile solo su eccezione della parte che si oppone alla delibazione; 3. – se, ammessa la rilevabilità d'ufficio, rientri nei poteri della Corte d'appello, la cui indagine è astretta entro il limite del compendio istruttorio formatosi nel giudizio ecclesiastico, disporre l'acquisizione di ulteriori elementi di verifica; 4. – se l'incompatibilità in discorso, laddove si ritenga rilevabile d'ufficio, sia riscontrabile anche dalla Corte di Cassazione se emerge dagli atti (secondo quanto è avvenuto in sede di pronuncia n. 1343/2011) e sia dunque scrutinabile senza necessità d'ulteriore istruttoria (…). La risposta puntuale a tali ulteriori quesiti richiede lo svolgimento di alcune considerazioni preliminari.

4.1. – Innanzitutto, va ribadito che la convivenza coniugale successiva alla celebrazione del matrimonio concordatario – come in precedenza individuata e specificata (cfr., *supra*, nn. da 3.7. a 3.7.4.) -, per valere quale limite generale d'ordine pubblico alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, deve essere caratterizzata anche, come già detto, da fatti e comportamenti dei co-

niugi corrispondenti ad una consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, dalla sua "riconoscibilità esteriore", nonché dalla sua durata per almeno tre anni dalla data della celebrazione del matrimonio; ciò, senza dimenticare che tali "dati oggettivi" sono strettamente connessi ad una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari. È dunque evidente che, in una fattispecie siffatta, il limite d'ordine pubblico ostativo alla delibazione non scaturisce immediatamente da una precisa disposizione (come, ad esempio, la "libertà di stato": articolo 86 cod. civ.; punto 4, lettera a, n. 2, del Protocollo addizionale), ma deve trarsi da una situazione giuridica complessa – la convivenza coniugale, appunto – caratterizzata essenzialmente da circostanze oggettive esteriormente riconoscibili e, quindi, allegabili e dimostrabili in giudizio. In secondo luogo, dal momento che l'Accordo, con norma speciale (alinea dell'articolo 8, numero 2), stabilisce che le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici sono dichiarate efficaci nella Repubblica italiana dalla competente corte d'appello su domanda delle parti o di una di esse, ne consegue con certezza sia che il procedimento di delibazione non ha conservato natura officiosa (come, invece, nel previgente sistema delineato dall'articolo 34, comma 6, del Concordato Lateranense e dalla citata L. n. 847 del 1929, articolo 17: cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 2787 del 1995 e 22514 del 2004), sia che tale procedimento giurisdizionale è un ordinario giudizio di cognizione, sia pure svolto in unico grado di merito, nel quale valgono ovviamente, tra gli altri, i fondamentali principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (articoli 99 e 112 cod. proc. civ.; cfr. anche, del resto, l'articolo 796 c.p.c., comma 1). È noto, poi, che in linea di principio, per costante orientamento di questa Corte, la contrarietà di un atto all'ordine pubblico, sostanziale o processuale, attenendo a materie "indisponibili" dalle parti perché involgenti aspetti che trascendono interessi esclusivamente individuali, è questione rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, salvo il dovere del giudice di promuovere su di essa il previo contraddittorio tra le parti (articoli 101 c.p.c., comma 2, e articolo 384 c.p.c., comma 3). Tuttavia, le già rilevate, indubbie peculiarità della fattispecie d'ordine pubblico "convivenza coniugale" – fondata su fatti specifici e rilevanti (come, ad esempio, la durata della convivenza post-matrimoniale, l'esistenza di figli, la continuità del rapporto matrimoniale, etc.), nonché su comportamenti dei coniugi altrettanto specifici e rilevanti -, unitamente all'applicazione dei ricordati principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, richiedono che tali fatti e comportamenti: o emergano già dagli atti del giudizio di delibazione, oppure siano allegati, e in ogni caso dimostrati dalla parte interessata – se contestati dall'altra -, mediante la deduzione di idonei mezzi di prova, anche presuntiva (cfr., *supra*, n. 3.7.1.) e anche mediante il richiamo degli atti del processo canonico e della stessa sentenza delibanda, se ivi già risultano parzialmente o compiutamente. A tal ultimo proposito e salve le ulteriori specificazioni, deve immediatamente affermarsi che sia tali oneri di allegazione, di deduzione e di prova gravanti sulla parte interessata a far valere detto limite d'ordine pubblico, sia l'eventuale svolgimento della relativa istruzione probatoria non costituiscono violazioni del divieto di riesame del merito della sentenza canonica, imposto al giudice della delibazione dal punto 4, lettera b), n. 3, del Protocollo addizionale. Infatti – nell'ambito del giudizio di delibazione in cui sia stata dedotto il predetto limite d'ordine pubblico -, l'oggetto specifico ed esclusivo dei relativi accertamenti è costituito dalla verifica della sussistenza, o no, della

"convivenza coniugale". Oggetto questo, rispetto al quale l'insindacabile accertamento contenuto nel "giudicato canonico" (punto 4, lettera b, n. 2, del Protocollo addizionale), costituito dalle ragioni di fatto e di diritto della nullità del matrimonio, accertata e dichiarata appunto secondo il diritto canonico, è e deve restare del tutto estraneo ed irrilevante. Al riguardo, è appena il caso di sottolineare che è dovere del giudice della delibazione valutare l'ammissibilità e la rilevanza delle circostanze allegate e delle prove eventualmente dedotte dalle parti, nel rispetto della netta distinzione tra gli oggetti dei due processi ora rimarcata e, comunque, del suddetto divieto stabilito dall'Accordo, fermo restando in ogni caso il sindacato di legittimità sul punto esercitabile da questa Corte (cfr., *ex plurimis* e da ultima, la sentenza n. 24967 del 2013). Del resto, principi analoghi sono già stati affermati più volte da questa Corte in riferimento sia a casi di diniego della delibazione, in cui rileva tout court la convivenza coniugale successiva alla celebrazione del matrimonio (sentenza n. 9844 del 2012), sia a casi di diniego della delibazione per esclusione, da parte di un coniuge, di uno dei *bona matrimonii* (sentenza n. 3378 del 2012), ovvero per apposizione di una condizione al vincolo matrimoniale viziante il consenso di uno dei coniugi (sentenza n. 12738 del 2011): casi nei quali, appunto, il giudice italiano può e deve accertare la conoscenza o l'oggettiva conoscibilità dell'esclusione o della condizione anzidette da parte dell'altro coniuge con piena autonomia, trattandosi di profili estranei, in quanto irrilevanti, al processo canonico. E sono proprio queste, in definitiva, le medesime ragioni che giustificano – fermi i predetti oneri di allegazione, di deduzione e di prova gravanti sulla parte interessata ed i corrispondenti poteri di controllo del giudice della delibazione e di questa Corte – anche l'acquisizione di elementi probatori dagli atti del processo canonico e dalla stessa sentenza delibanda. È certamente vero che, nei casi da ultimo menzionati, questa Corte, nell'ammettere detti accertamenti da parte del giudice della delibazione con piena autonomia rispetto al giudice ecclesiastico, ha nel contempo affermato che la relativa indagine ha da svolgersi con esclusivo riferimento alla pronuncia delibanda ed agli atti del processo canonico eventualmente acquisiti e non deve essere integrata da alcuna attività istruttoria (cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 3339 del 2003 e 12738 del 2011 cit.), ma è altrettanto vero che nelle più volte sottolineate peculiarità della fattispecie "convivenza coniugale", fatta valere come limite generale d'ordine pubblico alla delibazione, è certamente compresa, anche sotto il profilo in esame, un'indubbia "complessità fattuale" – molto maggiore di quella rilevabile negli altri casi, anche se parimenti non coinvolta negli accertamenti della sentenza canonica -, che giustifica ampiamente lo svolgimento di un'apposita istruzione probatoria, da compiersi tuttavia, come pure già rimarcato, con particolare attenzione, tenuto conto che i relativi accertamenti, da un lato, attengono all'attuazione di un principio d'ordine pubblico italiano oggetto di rilievo e tutela anche costituzionali, dall'altro, esigono comunque l'osservanza dei patti stipulati dalla Repubblica italiana e dalla Santa Sede con l'Accordo del 1984.

4.2. – Va svolta, inoltre, qualche ulteriore considerazione preliminare circa l'intervento obbligatorio del pubblico ministero in tali giudizi di delibazione. È noto che, secondo l'articolo 796 c.p.c., comma 3 – richiamato dal punto 4, lettera 6), del Protocollo addizionale e da questo non derogato sul punto -, nel giudizio di delibazione l'intervento del pubblico ministero è sempre necessario; ciò, coerentemente con quanto dispone l'articolo 70, comma 1, n. 2, dello stesso codice di rito, che prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero a pena di nullità, tra le altre, nelle cause matrimoniali (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 9085 e 19277 del 2003). È altresì noto che il pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 72 c.p.c., comma 1, nel-

le cause che avrebbe potuto proporre ha gli stessi poteri che competono alle parti e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime, mentre, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo 72, negli altri casi di intervento previsti dall'articolo 70 (…) può produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni nei limiti delle domande proposte dalle parti, essendo peraltro attribuito allo stesso organo requirente il potere di proporre impugnazione, tra le altre, contro le sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali (articolo 72, comma 4: cfr. le sentenze, delle Sezioni Unite n. 27145 del 2008, nonché nn. 6739 del 1983, 332 del 1984, 773 del 1985), salvo in ogni caso il potere, attribuito all'organo medesimo, di impugnazione per revocazione nei casi di cui all'articolo 397 cod. proc. civ. Esclusa quindi nettamente, ai sensi dell'Accordo, la promovibilità di tali giudizi di delibazione da parte del pubblico ministero, in questi giudizi spetta tuttavia allo stesso organo requirente l'eventuale esercizio dei poteri processuali previsti dal menzionato articolo 72 cod. proc. civ., comma 2 (produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni), soltanto però nei limiti delle domande proposte dalle parti. Al riguardo, deve ribadirsi che il parametro di legittimità dell'esercizio di tali poteri da parte del pubblico ministero, malgrado la dimensione pubblicistica sottesa al suo intervento, è costituito, in definitiva, dalle causae petendi e dai petita fatti valere dalle parti nonché dalle eccezioni dalle stesse sollevate, che delimitano l'oggetto del giudizio (cfr., tra le poche che hanno affrontato il tema, le sentenze nn. 8862 del 1993, e 2621 del 1970, pronunciata a sezioni unite).

4.3. – Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, può rispondersi puntualmente alle suddette questioni poste con l'ordinanza di rimessione (cfr., *supra*, n. 4.) -. A) Quanto al potere della corte d'appello e della Corte di cassazione di rilevare – d'ufficio, oppure soltanto su eccezione di parte – la "convivenza coniugale" quale situazione giuridica che, con le individuate caratteristiche, osta alla delibazione, deve innanzitutto sottolinearsi che, nelle fattispecie in esame, l'oggetto del giudizio è costituito, da un lato, dalla domanda di dichiarazione d'efficacia nella Repubblica italiana della sentenza ecclesiastica di nullità di matrimonio, dall'altro, dalla "questione" della delibabilità di tale sentenza, sotto il profilo del limite generale d'ordine pubblico rappresentato da detta situazione giuridica. Si tratta, allora, di stabilire se la "convivenza coniugale" successiva alla celebrazione del matrimonio concordatario, opposta da un coniuge all'altro nel giudizio di delibazione, abbia, o no, i caratteri delle "eccezioni in senso stretto" (exceptiones juris) rilevabili, com'è noto, soltanto ad istanza di parte: tali eccezioni vengono identificate ormai, secondo diritto vivente, o in quelle per le quali la legge riserva espressamente il potere di rilevazione alla parte, ovvero in quelle nelle quali il fatto che integra l'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare, comportando quindi, per avere efficacia modificativa, impeditiva od estintiva di un rapporto giuridico, il tramite di una manifestazione di volontà della parte (cfr., *ex plurimis*, la sentenza di queste Sezioni Unite n. 15661 del 2005, nonché l'ordinanza interlocutoria delle stesse Sezioni Unite n. 10531 del 2013 e la sentenza n. 18602 del 2013). La risposta affermativa a tale quesito si impone per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché la convivenza coniugale, come delineata nel su enunciato principio di diritto – in particolare come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti fatti e comportamenti dei coniugi, e come fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi

affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari, protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio "concordatario" regolarmente trascritto -, è perciò connotata non soltanto, come già sottolineato, da un'indubbia "complessità fattuale" (cfr., *supra*, n. 4.1.), ma anche dalla connessione molto stretta di tale complessità con l'esercizio di diritti, con l'adempimento di doveri e con l'assunzione di responsabilità personalissimi di ciascuno dei coniugi, con la conseguenza che essa può essere eccepita soltanto dal coniuge che, quale partecipe esclusivo del rapporto matrimoniale, intende farla valere come situazione giuridica impeditiva della delibazione richiesta (rectius: come situazione giuridica che, quale limite generale d'ordine pubblico, è idonea ad impedire la dichiarazione di efficacia, nell'ordinamento italiano, della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico). In secondo luogo, perché la fattispecie processuale in esame è riconducibile per analogia – secondo il già applicato canone ermeneutico di cui all'articolo 12 disp. gen., comma 2, primo periodo, (cfr., *supra*, n. 3.73.) – a quella prefigurata dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898, articolo 3, comma 1, n. 2, lettera b), primo capoverso, ultimo periodo, nel testo sostituito dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, articolo 5 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), secondo cui In tutti i predetti casi, per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente da almeno tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale. L'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta. Al riguardo, con orientamento costante, questa Corte (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 6031 del 1998, 26165 del 2006 e 23510 del 2010) ha affermato: a) che la dichiarazione di divorzio non consegue automaticamente alla constatazione della presenza di una delle cause previste dalla L. n. 898 del 1970, articolo 3 ma presuppone in ogni caso, attesi i riflessi pubblicistici riconosciuti dall'ordinamento all'istituto familiare, l'accertamento, da parte del giudice, della esistenza dell'essenziale condizione della concreta impossibilità di mantenere o ricostituire il consorzio familiare per effetto della definitività della rottura dell'unione spirituale e materiale tra i coniugi (accertamento di ampiezza ed approfondimento diversi, secondo le circostanze emergenti dagli atti e le deduzioni svolte in concreto dalle parti); b) che l'asserito venir meno dello stato di separazione, opposto da uno dei coniugi in presenza di una richiesta di divorzio avanzata dall'altro coniuge, ha pertanto, come suo indefettibile presupposto, l'avvenuta riconciliazione (ossia la ricostituzione del nucleo familiare nell'insieme dei suoi rapporti materiali e spirituali), e va accertato attribuendo rilievo preminente alla concretezza degli atti e dei comportamenti posti in essere dai coniugi, valutati nella loro effettiva capacità dimostrativa della disponibilità alla ricostruzione del rapporto matrimoniale; c) in particolare, che l'eccezione di sopravvenuta riconciliazione, come espressamente previsto dalla disposizione richiamata, deve essere sollevata esclusivamente ad istanza di parte, senza che il giudice possa rilevarla d'ufficio, investendo essa aspetti strettamente inerenti ai rapporti tra i coniugi, in ordine ai quali è onere della parte convenuta eccepire, e conseguentemente provare, l'avvenuta riconciliazione. La piana lettura degli ora richiamati principi di diritto – segnatamente dell'ultimo – mostra con evidenza, naturalmente mutatis mutandis, la loro ragionevole riferibilità anche alla fattispecie in esame: a ben vedere, nel senso della rilevabilità della "convivenza coniugale" soltanto ad istanza di parte convergono infatti, in modo decisivo, gli argomenti fondati sulla connessione

molto stretta tra oggetto dell'eccezione e dimensioni "personalissime" dello svolgimento del rapporto matrimoniale. B) Premesso che, secondo la speciale disciplina dell'Accordo, occorre distinguere tra due ipotesi, a seconda che la domanda di delibazione sia proposta "dalle parti" oppure "da una di esse" (alinea dell'articolo 8, numero 2, dell'Accordo), tutte le considerazioni che precedono rendono evidente che nella prima ipotesi – domanda di delibazione, per così dire, "congiunta" – non possono sussistere dubbi circa la tendenziale delibabilità, sotto tale profilo, della sentenza canonica di nullità, anche nel caso in cui già emergesse ex actis una situazione di "convivenza coniugale", con i più volte sottolineati caratteri, potenzialmente idonea a costituire ostacolo alla delibazione: ciò, in ragione sia della affermata rilevabilità della "convivenza coniugale" soltanto a seguito di tempestiva eccezione di parte, sia della prevalenza da dare alla consapevole, concorde manifestazione di volontà delle parti. Resta salvo, ovviamente, il controllo del giudice in ordine alla sussistenza delle altre condizioni per la delibazione previste dall'articolo 8, numero 2, lettere a-c), dell'Accordo e dall'articolo 797 cod. proc. civ. A tal ultimo proposito, è utile ribadire (cfr., *supra*, n. 4.1.) che il procedimento giurisdizionale di delibazione è un ordinario giudizio di cognizione – sia pure legittimamente disegnato dal legislatore in unico grado di merito, essendo noto che, nel nostro ordinamento, non ha riconoscimento costituzionale il principio del doppio grado di cognizione nel merito (cfr., *ex plurimis*, con costante orientamento, le sentenze della Corte costituzionale nn. 22 del 1973 e 242 del 2011) -, che è disciplinato dalle già menzionate, speciali disposizioni dell'Accordo e del Protocollo addizionale e dalle norme interne ivi richiamate (articolo 8, numero 2, dell'Accordo, punto 4, lettera b, del Protocollo addizionale e previgenti articoli 796 e 797 cod. proc. civ.), dal codice di procedura civile – tendenzialmente, salvo il previo giudizio di compatibilità: dalle norme che regolano il rito dinanzi alla corte d'appello (articoli da 339 a 359 cod. proc. civ.), tenuto anche conto del rinvio materiale alle norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale, di cui all'articolo 359 cod. proc. civ., da applicare previo giudizio di "compatibilità" con le particolari natura e struttura del giudizio di delibazione -, nonché dai principi giurisprudenziali enunciati in materia da questa Corte. C) Nel caso in cui, invece, la domanda di delibazione sia proposta da uno soltanto dei coniugi, l'altro – che intenda opporsi alla domanda, eccependo il limite d'ordine pubblico costituito dalla "convivenza coniugale" con le evidenziate caratteristiche (cfr., *supra*, n. 4.1.) – ha l'onere, a pena di decadenza, ai sensi dell'articolo 167 c.p.c., commi 1 e 2, (si veda l'articolo 343 c.p.c., comma 1): 1) di sollevare tale eccezione nella comparsa di risposta; 2) di allegare i fatti specifici e gli specifici comportamenti dei coniugi, successivi alla celebrazione del matrimonio, sui quali l'eccezione medesima si fonda, anche mediante la puntuale indicazione di atti del processo canonico e di pertinenti elementi che già emergano dalla sentenza delibanda; 3) di dedurre i mezzi di prova, anche presuntiva, idonei a dimostrare la sussistenza di detta "convivenza coniugale", restando ovviamente salvi i diritti di prova della controparte ed i poteri di controllo del giudice della delibazione quanto alla rilevanza ed alla ammissibilità dei mezzi di prova richiesti. L'eventuale, relativa istruzione probatoria – si ribadisce – ha da svolgersi, secondo le regole di un ordinario giudizio di cognizione, con particolare rigore, in considerazione sia della complessità degli accertamenti in fatto, sia del coinvolgimento di diritti, doveri e responsabilità fondamentali e personalissimi, sia del dovere di rispettare il divieto di riesame del merito della sentenza canonica, imposto al giudice della delibazione dal punto 4, lettera b), n. 3, del Protocollo addizionale. D) Ribadito che l'esclusione del rilievo d'ufficio del limite d'ordine pubblico de quo vale anche

nell'eventuale giudizio di legittimità promosso avverso la sentenza che decide sulla domanda di delibazione della pronuncia definitiva di nullità matrimoniale del Giudice ecclesiastico (cfr., *supra*, lettera A), e che la "convivenza coniugale" successiva alla celebrazione del matrimonio concordatario, opposta da un coniuge all'altro nel giudizio di delibazione, ha natura di "eccezione in senso stretto" (*exceptio juris*), va sottolineato in particolare sia che la relativa deduzione non può essere effettuata per la prima volta nel giudizio di legittimità (cfr., *supra*, lettera C), sia che il relativo ricorso per cassazione deve essere, innanzitutto, adeguato alle peculiarità, sostanziali ed anche processuali (ad esempio, per ciò che attiene all'istruzione probatoria sulla sussistenza della convivenza coniugale), della fattispecie in esame, sia quanto all'esposizione sommaria dei fatti di causa ed alle specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti .... sui quali il ricorso si fonda (articolo 366 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 6: cfr. al riguardo, *ex plurimis*, le sentenze delle Sezioni Unite, nn. 8077 e 5698 del 2012, 7161 del 2011), sia quanto al deposito degli atti processuali e dei documenti sui quali il ricorso si fonda (articolo 369 c.p.c., comma 2, n. 4: cfr. al riguardo, *ex plurimis*, la sentenza delle Sezioni Unite, n. 22726 del 2011). Ciò, senza dimenticare il principio di diritto recentemente enunciato da queste Sezioni Unite (cfr. le sentenze nn. 8053 e 8054 del 2014), secondo cui l'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, – nel testo sostituito dal Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, articolo 54, comma 1, lettera b), (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, articolo 1, comma 1 – introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia), con la conseguenza che, nel rispetto delle previsioni dell'articolo 366 c.p.c., comma 1, n. 6, e articolo 369 c.p.c., comma 2, n. 4, il ricorrente deve indicare il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività"', fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.

4.4. – Alla luce delle considerazioni che precedono, può enunciarsi il seguente, articolato principio di diritto: "La convivenza "come coniugi" – intesa nei sensi di cui al su enunciato principio di diritto (cfr., *supra*, n. 3.9.) -, come situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, ed in quanto connotata da una "complessità fattuale" strettamente connessa all'esercizio di diritti, all'adempimento di doveri ed all'assunzione di responsabilità personalissimi di ciascuno dei coniugi, deve qualificarsi siccome eccezione in senso stretto (*exceptio juris*) opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro coniuge e, pertanto, non può essere eccepita dal pubblico ministero interveniente nel giudizio di delibazione né rilevata d'ufficio dal giudice della delibazione o dal giudice di legittimità – dinanzi al quale, peraltro, non può neppure essere dedotta per la prima volta -, potendo invece essere eccepita esclusivamente, a pena di decadenza nella comparsa di risposta, dal coniuge convenuto in tale giudizio interessato a farla valere, il quale ha inoltre l'onere sia di allegare fatti e comportamenti dei coniugi specifici e rilevanti, idonei ad integrare

detta situazione giuridica d'ordine pubblico, sia di dimostrarne la sussistenza in caso di contestazione mediante la deduzione di pertinenti mezzi di prova anche presuntiva. Ne consegue che il giudice della delibazione può disporre un'apposita istruzione probatoria, tenendo conto sia della complessità dei relativi accertamenti in fatto, sia del coinvolgimento di diritti, doveri e responsabilità personalissimi dei coniugi, sia del dovere di osservare in ogni caso il divieto di riesame del merito della sentenza canonica, espressamente imposto al giudice della delibazione dal punto 4, lettera b), n. 3, del Protocollo addizionale all'Accordo, fermo restando comunque il controllo del giudice di legittimità secondo le speciali disposizioni dell'Accordo e del Protocollo addizionale, i normali parametri previsti dal codice di procedura civile ed i principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia.

5. – In applicazione degli ora affermati principi di diritto, il ricorso in esame, complessivamente considerato, non merita accoglimento, presentando peraltro anche consistenti profili di inammissibilità.

5.1. – Al riguardo, deve sottolinearsi innanzitutto che dalla sentenza impugnata emerge, tra l'atro, che: a) la diversità tra l'oggetto del processo di separazione personale dei coniugi e quello del processo canonico di nullità matrimoniale è determinante per escludere la non delibabilità della sentenza canonica ai sensi dell'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 6; b) la non corrispondenza tra le cause di nullità del matrimonio previste dal diritto canonico e quelle considerate dal codice civile è irrilevante ai fini della delibabilità delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale posto che la sentenza canonica non può applicare altro diritto che quello canonico, salvo ovviamente il limite dell'ordine pubblico; c) nella specie, la delibabilità della sentenza canonica di nullità del matrimonio per esclusione unilaterale dell'indissolubilità del vincolo non è impedita ai sensi dell'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 7, in quanto – pur essendo irrilevante per l'ordinamento giuridico italiano la riserva mentale o la stessa simulazione bilaterale parziale – tale principio non rientra nell'ordine pubblico interno, come non vi rientra la deducibilità della nullità del matrimonio entro un brevissimo termine di decadenza, mentre, nella specie, è stato accertato dai Giudici ecclesiastici – sulla base di un'istruzione probatoria esaustiva e di una convincente valutazione delle prove esperite – la conoscenza, da parte della M., della riserva mentale del L., ciò sia aderendo all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice della delibazione deve attenersi a quanto accertato, sul punto, dai giudici ecclesiastici, sia aderendo al diverso orientamento che ammette una rivalutazione del materiale istruttorio acquisito nel processo canonico da parte del giudice civile, tenuto conto, in ogni caso, che la M. non ha formulato alcuna istanza istruttoria.

5.2. – Queste essendo le specifiche rationes decidendi della sentenza impugnata, possono ora esaminarsi i singoli motivi del ricorso. Quanto al terzo motivo – che attiene anche, specificamente, alla questione oggetto del denunciato contrasto, adombrata peraltro già nel primo motivo -, lo stesso è inammissibile, per la decisiva ragione che la deduzione della "convivenza come coniugi" successiva alla celebrazione del matrimonio de quo, quale situazione giuridica ostativa alla stessa delibabilità della sentenza canonica, è stata effettuata per la prima volta nel presente giudizio di legittimità, in palese contrasto con i su affermati principi di diritto (cfr., *supra*, n. 4.4.): è la stessa ricorrente, infatti, ad asserire che nel giudizio a quo si è opposto alla domanda di delibazione proposta dal marito, deducendo la contrarietà della sentenza canonica delibanda all'ordine pubblico italiano esclusivamente sotto profili diversi; ciò, a prescindere comunque dalla estrema genericità di detta deduzione, non essendo certo sufficiente, in applicazione degli stessi pre-

detti principi, la mera allegazione – senza la contestuale specificazione di fatti e di comportamenti dei coniugi successivi alla celebrazione del matrimonio – che i coniugi hanno convissuto ininterrottamente fino all'udienza presidenziale di separazione e cioè dal 26/7/1993 *recte*: 24 luglio 1993, data del matrimonio, al 30/11/2005 data della separazione, e, dunque, per oltre dodici anni durante i quali è avvenuta anche la nascita di un figlio (cfr. Ricorso, pag. 76). Quanto ai due profili del primo motivo – che attengono alla eccepita non delibabilità della sentenza ecclesiastica, ai sensi dell'articolo 797 c.p.c., comma 1, n. 6, per la pendenza del giudizio di separazione personale dei coniugi precedentemente promosso, nonché ai sensi del n. 7 dello stesso articolo 797, comma 1 per la violazione del principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole -, gli stessi sono, rispettivamente, infondato ed inammissibile. In particolare, quanto al primo profilo, è sufficiente ribadire il consolidato e costante orientamento di questa Corte – condiviso dal Collegio e non scalfito dalle generiche considerazioni della ricorrente -, secondo cui il riconoscimento degli effetti civili della sentenza di nullità del matrimonio concordatario pronunciata dai tribunali ecclesiastici non è precluso dalla preventiva instaurazione di un giudizio di separazione personale tra gli stessi coniugi dinanzi al giudice dello Stato italiano, giacché il giudizio e la sentenza di separazione personale hanno petitum, causa petendi e conseguenze giuridiche del tutto diversi da quelli del giudizio e della sentenza che dichiara la nullità del matrimonio (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 3339 del 2003, 814 del 2009, 3378 del 2012). Al riguardo, può aggiungersi che, secondo orientamento altrettanto consolidato di questa Corte, il passaggio in giudicato, in pendenza del giudizio di separazione dei coniugi, della sentenza che rende esecutiva nello Stato la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario contratto dalle parti, fa venire meno il vincolo coniugale e, quindi, fa cessare la materia del contendere in ordine alla domanda di separazione personale e alle correlate statuizioni circa l'addebito e l'assegno di mantenimento, adottate in tale processo e non ancora divenute intangibili, le quali presuppongono l'esistenza e la validità del matrimonio e del conseguente vincolo (cfr., *ex plurimis* e da ultima, la sentenza n. 17094 del 2013). Quanto al secondo profilo dello stesso primo motivo, lo stesso è inammissibile, perché esso tende, in realtà, alla mera confutazione della valutazione delle circostanze – che i Giudici *a quibus* hanno desunto legittimamente (cfr., *supra*, n. 4.4.) dalla motivazione della sentenza canonica, nella parte relativa alle prove testimoniali ivi assunte – sulla affermata conoscenza, da parte della odierna ricorrente, della esclusione dell'indissolubilità del vincolo da parte del marito. In proposito, la Corte di Perugia ha correttamente applicato alla fattispecie il consolidato principio più volte affermato da questa Corte, secondo cui la dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno solo dei coniugi, di uno dei *bona matrimonii*, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, o che non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza, in quanto, qualora le menzionate situazioni non ricorrano, la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole (cfr., *ex plurimis* e tra le ultime, la sentenza n. 3378 del 2012), essendo peraltro noto che il convincimento espresso dal giudice del merito sulla conoscenza o conoscibilità da parte del coniuge della riserva mentale unilaterale dell'altro costituisce, se motivato secondo un logico e corretto iter argomentativo – come nella specie -, statuizione insindacabile in

sede di legittimità (cfr., *ex plurimis*, la stessa sentenza n. 3378 del 2012). Quanto al secondo ed al terzo motivo – nella parte in cui si deducono, anche sotto il profilo dei vizi di motivazione, ragioni diverse da quella, già esaminata, ostativa alla delibazione sotto il profilo della "convivenza coniugale" -, gli stessi sono inammissibili, per la decisiva ragione che, a prescindere dall'applicabilità alla fattispecie dell'articolo 123 cod. civ. (cfr., *supra*, n. 3.7.2.), la eccepita decadenza dal diritto di far valere gli accordi simulatori, nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione del matrimonio, ai sensi dello stesso articolo 123, comma 2 presuppone, appunto, la "convivenza coniugale" che nella specie, come già rilevato, è stata inammissibilmente e genericamente dedotta per la prima volta in questa sede. Quanto, infine, al quarto motivo – con il quale la ricorrente deduce che il giudizio di delibazione non assicura un'adeguata tutela dei diritti della difesa, in particolare l'accesso ad alcuni mezzi di prova, quale la prova per testimoni, ammessi invece nel processo canonico -, lo stesso è parimenti inammissibile, per la decisiva ed incontestata ragione di fatto, posta in rilievo dai Giudici *a quibus*, che nel giudizio di delibazione la convenuta non ha formulato alcuna istanza istruttoria (pag. 13 della sentenza impugnata), sicché le censure mosse e le argomentazioni svolte nel motivo in esame si risolvono in considerazioni del tutto astratte. (*Omissis*).

(1) Prolungata convivenza coniugale come limite frapposto dalle Sezioni Unite al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche.

1. La sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite del 17 luglio 2014 n. 16380, unitamente alla coeva decisione n. 16379, anch'essa pronunciata a sezioni unite ed avente il medesimo contenuto, interviene per sanare un contrasto giurisprudenziale creatosi all'interno della prima sezione circa la rilevanza della prolungata convivenza dei coniugi in ordine all'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica di nullità matrimoniale.

La questione deriva dal fatto che nella legislazione italiana, al fine di assicurare la certezza dei diritti e dei rapporti, l'azione per far valere l'invalidità del matrimonio è soggetta a termini di decadenza, mentre al contrario la nullità canonica, in quanto assoluta ed insanabile, risulta rilevabile senza limiti di tempo. Inoltre, mentre l'ordinamento statale attribuisce rilievo prevalente al matrimonio-rapporto, e dunque alle vicende che contraddistinguono la vita coniugale, il giudizio ecclesiastico sulla validità del vincolo ha ad oggetto esclusivamente il matrimonio-atto, senza che in ottica canonica acquisti rilevanza, in linea di principio, la durata del successivo coniugio. La giurisprudenza statale sino a tempi recenti aveva ritenuto che tale differenza di disciplina fra i due ordinamenti non presentasse profili di contrasto con l'ordine pubblico, considerando di conseguenza che fosse possibile delibare la pronuncia canonica di nullità matrimoniale anche se pronunciata a distanza di molti anni dalla celebrazione del matrimonio, sul presupposto che la prolungata permanenza nel rapporto coniugale non potesse avere effetto sanante dell'invalidità iniziale né potesse essere interpretata come rinuncia da parte dei soggetti interessati a far valere l'originaria causa di nullità del vincolo. In tal senso si era formato un orientamento costante e consolidato dopo quattro pronunce della

Corte di Cassazione a sezioni unite risalenti al 1988[1].

In contrasto con detto consolidato orientamento sopraggiunge, in maniera inaspettata, Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343, che ritiene «ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, pronunciata a motivo del rifiuto della procreazione, sottaciuto da un coniuge all'altro, la loro particolarmente prolungata convivenza oltre il matrimonio». A sostegno di tale assunto viene offerta una sintetica motivazione, imperniata essenzialmente sul richiamo alla sentenza delle Sezioni unite 18 luglio 2008, n. 19809[2], accreditata come operante una «*rivisitazione della precedente giurisprudenza della Corte*» laddove mette in rilievo il *favor* dell'ordinamento italiano nei confronti della validità del matrimonio, qualificato in effetti dalle Sezioni unite come «fonte del rapporto familiare incidente sulla persona e oggetto di rilievo e tutela costituzionali, con la conseguenza che i motivi per i quali esso si contrae, che, in quanto attinenti alla coscienza, sono rilevanti per l'ordinamento canonico, non hanno di regola significato per l'annullamento in sede civile». La decisione del 2011 rileva poi come, secondo la richiamata pronuncia delle Sezioni unite, la precedente sentenza 6 marzo 2003, n. 3339, abbia conferito «implicito rilievo anche al matrimonio-rapporto, che nell'ordine pubblico italiano ha una incidenza rilevante, per i principi emergenti dalla Costituzione e dalla riforma del diritto di famiglia, e impedisce di annullare il matrimonio dopo

[1] Cass., 1° febbraio 2008, n. 2467; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796; Cass., 12 luglio 2002, n. 10143; Cass., 7 aprile 2000, n. 4387; Cass., 7 aprile 1997, n. 3002; Cass., 11 febbraio 1991, n. 1405; Cass., 17 giugno 1990, n. 6552; Cass., 29 maggio 1990, n. 5026; Cass., 12 febbraio 1990, n. 1018; Cass., 17 ottobre 1989, n. 4166; Cass., 24 giugno 1989, n. 3099; Cass., sez. un., 20 luglio 1988, n. 4700, Cass., sez. un., 20 luglio 1988, n. 4701; Cass., sez. un., 20 luglio 1988, n. 4702; Cass., sez. un., 20 luglio 1988, n. 4703; Cass., 15 gennaio 1987, n. 241; Cass., 1° agosto 1986, n. 4916; Cass., 31 luglio 1986, n. 4897; Cass., 7 maggio 1986, n. 3064; Cass., 7 maggio 1986, n. 3057; Cass., 6 dicembre 1985, n. 6134; Cass., 4 dicembre 1985, n. 6064; Cass., 15 novembre 1985, n. 5601; Cass., 16 ottobre 1985, n. 5077; Cass., 10 aprile 1985, n. 2370; Cass., 18 febbraio 1985, n. 1376; Cass., 21 gennaio 1985, n. 192; Cass., 13 giugno 1984, n. 3535; Cass., 3 maggio 1984, n. 2678; Cass., 3 maggio 1984, n. 2677. In materia di incapacità psichica negano rilevanza alla convivenza coniugale Cass., 18 febbraio 1985, n. 1370, e Cass., 12.4.84, n. 2357. In senso contrario, a favore della rilevanza della convivenza quale motivo di contrasto con l'ordine pubblico, Cass., 14 gennaio 1988, n. 192; Cass., 3 luglio 1987, n. 5823; Cass., 18 giugno 1987, n. 5358; Cass., 18 giugno 1987, n. 5354; Cass., 13 giugno 1984, n. 3536; Cass., 19 maggio 1984, n. 1220.

[2] In dottrina, sulla sentenza Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, Alicino, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e limiti di ordine pubblico interno: le ultime indicazioni delle sezioni unite*, in *Dir. eccl.*, 2008, 307-327; Id., *L'altra "faccia" della* specificità *del matrimonio canonico (a proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), marzo 2009, 1-24; N. Bartone, *Il pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione, a sez. un. civ., del 18 luglio 2008 n. 19809*, in *Dir. famiglia*, 2009, 577-585; Id., *Pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2008, 1-11; S. Bartone, *Il diverso trattamento del matrimonio religioso e delle Religioni nella sentenza sull'Ordine Pubblico delle Sezioni Unite Civili n. 19809/08*, in *Diritto e religioni*, n. 7, 2009/1, 696-708; Canonico, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo* vulnus *inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, in *Dir. famiglia*, 2008, 1895-1931; De Tullio, *Non delibabile la sentenza ecclesiastica di annullamento se l'infedeltà è precedente al matrimonio*, in *Guida al dir.*, 2008, n. 39, 66-68; Di Marzio, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2009, 542-577; Franceschi, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, errore, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 617-638; Giarnieri, *Sulla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio per errore indotto da dolo*, in *Dir. famiglia*, 2010, 21-32; La Rosa, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 13-20; Marchei, *Ordine pubblico e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 220 ss.

che è iniziata la convivenza…». Sulla base di tali presupposti la pronuncia n. 1343 conclude nel senso che, «riferita a date situazioni invalidanti dell'atto di matrimonio, la successiva prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito e con questa volontà è incompatibile il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, altrimenti riconosciuta dalla legge». In altri termini, in contrasto con il costante e consolidato orientamento giurisprudenziale precedente, la decisione del 2011 conferisce rilevanza alle limitazioni alla proponibilità dell'azione di annullamento previste dalla normativa civile (artt. 120, secondo comma; 121, terzo comma; 123, secondo comma, c.c.), trascurando che in sede canonica la nullità è assoluta ed insanabile, con imprescrittibilità della relativa azione, e senza contare che la legittimazione per la richiesta di nullità e per la domanda di delibazione compete non solo al soggetto che, nella considerata prospettiva simulatoria, abbia consapevolmente determinato l'invalidità del vincolo, ma anche all'altro coniuge che, ove ignaro delle altrui intenzioni escludenti, non poteva conoscere l'esistenza del motivo di nullità e non poteva di conseguenza farlo valere. Nei confronti di tale soggetto non può dunque parlarsi di rinuncia a far valere un'invalidità che costui neppure conosceva. D'altra parte, ancorare la delibabilità della pronuncia canonica alla «prolungata convivenza» significa introdurre un elemento di valutazione temporale assolutamente discrezionale, a scapito della certezza del diritto, tanto più che la decisione di cui trattasi non specifica in termini numerici quanti anni debba essersi protratta tale «prolungata convivenza» per impedire il riconoscimento della nullità in sede civile[3].

La Corte di Cassazione interviene nuovamente in argomento con una successiva sentenza, 8 febbraio 2012, n. 1780, nella quale richiama la precedente pronuncia n. 1343 del 2011 che aveva conferito rilevanza alla convivenza coniugale in tema di ordine pubblico, ma offrendo al riguardo un'importante precisazione, tale da comportare un sostanziale ridimensionamento dei precedenti assunti. Con riferimento alla menzionata sentenza n. 1343/11 si specifica infatti che, «pur meritando adesione l'indirizzo giurisprudenziale sopra citato, con la distinzione concettuale ad esso sottesa tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, si deve ritenere che esso trovi applicazione nei casi in cui, dopo il matrimonio nullo, tra i coniugi si sia instaurato un vero consorzio familiare e affettivo, con superamento implicito della causa originaria di invalidità». Il Giudice di legittimità chiarisce ulteriormente

[3] In dottrina, sui contenuti e le problematiche sollevate da Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343, Canonico, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2011, 726-727; Dalla Torre, *La C.S.C., 20 gennaio 2011 n. 1343, nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza*, *ivi*, 2011, 1644-1649; Di Marzio, *A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere delibata dopo anni di convivenza dei coniugi*, *ibidem*, 734-737; M. Finocchiaro, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico si era formato il giudicato interno*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 7, 73-77; Marchei, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), gennaio 2012, 5-6, 16-20; Id., *Ordine pubblico matrimoniale e «convivenza» dopo la celebrazione del matrimonio (commento a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 818-829; Pasquali Cerioli, *«Prolungata convivenza» oltre le nozze e mancata 'delibazione' della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, *Dir. eccl.*, 2011, 761-770; Id., *"Prolungata convivenza" oltre le nozze e mancata "delibazione" della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale (brevi note a Cass civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), maggio 2011, 3-7; Quadri, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e convivenza coniugale: le recenti prospettive della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 195-201.

che «in tale ricostruzione interpretativa, il limite di ordine pubblico postula… che non di mera coabitazione materiale sotto lo stesso tetto si sia trattato, – che nulla aggiungerebbe ad una situazione di mera apparenza del vincolo – bensì di vera e propria convivenza significativa di un'instaurata *affectio familiae*, nel naturale rispetto dei diritti ed obblighi reciproci – per l'appunto, come tra (veri) coniugi (art. 143 cod. civ.) – tale da dimostrare l'instaurazione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato, nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto». In tale ottica viene precisato come il mero dato temporale della durata della vita coniugale risulti di per sé insufficiente «ad integrare la causa ostativa di ordine pubblico al recepimento della sentenza ecclesiastica». Viene in tal modo ridotto l'ambito di operatività della convivenza coniugale come limite alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche, attraverso l'operata distinzione fra mera coabitazione e comunione di vita fra coniugi. Tuttavia permane l'incertezza su quale sia la durata necessaria affinché la convivenza in questione possa essere qualificata come prolungata, mentre l'aggiunta del requisito dell'effettività rischia di incrementare il margine di discrezionalità attribuito al giudice della delibazione, chiamato ora a valutare, oltre alla durata, anche la qualità della vita matrimoniale[4], senza tuttavia poter utilizzare al riguardo specifici strumenti probatori, in ragione delle limitazioni in precedenza poste dalla giurisprudenza al compimento di attività istruttoria nel giudizio volto all'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica di nullità del vincolo[5].

In seguito si occupa ancora della materia la sentenza 4 giugno 2012, n. 8926, nella quale la Corte di Cassazione, rilevato che il riconoscimento delle nullità ecclesiastiche può essere negato solo in presenza di una contrarietà ai canoni essenziali dell'ordinamento statale così accentuata da superare il margine di maggiore di-

[4] Per maggiori ragguagli sulla sentenza n. 1780 del 2012, Canonico, *La convivenza coniugale come ostacolo al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione fornisce precisazioni ma le incertezze aumentano*, nota a Cass. 8.2.12 n. 1780, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), marzo 2012, 1-8; Ippoliti Martini, *I limiti alla delibazione delle sentenze di nullità del matrimonio concordatario: la Cassazione distingue fra mera coabitazione e convivenza*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 1001-1007.

[5] La giurisprudenza prevalente sino alle sentenze nn. 16379 e 16380 del 2014 riteneva che, in sede di delibazione di sentenze ecclesiastiche che dichiarano la nullità del matrimonio per simulazione unilaterale, l'accertamento della conoscenza o conoscibilità da parte del coniuge non simulante delle altrui intenzioni escludenti dovesse essere compiuto sulla sola base delle risultanze della sentenza ecclesiastica e degli atti del processo canonico eventualmente acquisiti, in quanto prodotti dalle parti. In tale ottica, ad esempio, Cass., 10 novembre 2006, n. 24047; Cass., 8 gennaio 2001, n. 198; Cass., 16 maggio 2000, n. 6308; Cass., 13 maggio 1998, n. 4802; Cass., 7 marzo 1998, n. 2530; Cass., 10 gennaio 1991, n. 188; Cass., 20 novembre 1985, n. 5711. Cass., 10 gennaio 1991, n. 189, affermava addirittura che per l'accertamento della conoscenza-conoscibilità delle altrui intenzioni simulatorie si dovesse fare esclusivo riferimento alle risultanze della sentenza delibanda. Va al riguardo precisato che nella prospettiva simulatoria l'accertamento della situazione psicologica del non simulante non rientra nelle specifiche indagini del giudice ecclesiastico, tenuto soltanto a valutare se ad opera di uno o di entrambi i soggetti vi sia stata esclusione di elementi o proprietà essenziali del matrimonio, a nulla rilevando la percezione o meno di tale esclusione da parte dell'altro nubente. Ne consegue che, quand'anche la pronuncia canonica contenesse riferimenti sul punto, questi non farebbero stato e non potrebbero risultare vincolanti per il giudice della delibazione. D'altra parte la paventata produzione degli atti del processo canonico risulta in realtà preclusa in ragione del fatto che il Codice di Diritto canonico consente ai tribunali ecclesiastici di rilasciare copia degli atti di causa ai soli avvocati e non alle parti personalmente (can. 1598, § 1), mentre poi l'art. 235 dell'istruzione *Dignitas connubii* commina ai patroni il divieto di consegnare tali atti, o loro copie, ai rispettivi assistiti, con il risultato che le parti non possono legittimamente entrarne in possesso e dunque farne oggetto di produzione nel giudizio di delibazione.

sponibilità che lo Stato si è imposto nei confronti delle pronunce canoniche, rileva che «una pur rilevante diversità di disciplina fra le cause di nullità del matrimonio considerate negli ordinamenti statuale e canonico non ha portata impeditiva ai fini della dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica». Viene ricordato come, in applicazione di simili principi, la giurisprudenza in più occasioni abbia affermato la possibilità di delibare nullità canoniche «in ipotesi in cui l'azione di nullità era stata proposta dopo che erano decorsi i termini fissati dalla legge civile per fare valere analoghe nullità, riportando cioè la naturale perpetuità dell'azione di nullità del matrimonio canonico nell'ambito della mera diversità di disciplina e senza distinguere fra le diverse ipotesi contenute nell'ambito dell'art. 123, comma 2, c.c.». Secondo la decisione ricordata l'avvenuta recezione del sistema matrimoniale canonico comporta che «non è possibile far valere come causa ostativa alla delibabilità la circostanza che una sentenza ecclesiastica abbia dichiarato la nullità di un matrimonio canonico in violazione di norme imperative previste dall'ordinamento italiano, proprio perché derogate e superate dallo strumento concordatario». Si precisa poi come il precetto contenuto nell'art. 123, secondo comma, c.c., che impedisce l'impugnazione del matrimonio decorso un certo periodo di tempo, sia stato ritenuto non costituire un principio fondamentale dell'ordinamento «nel quale si danno casi di imprescrittibilità dell'impugnazione, anche in materia matrimoniale», mentre la disposizione in questione, «piuttosto che prevedere una sanatoria del "matrimonio-atto" ad opera del "matrimonio-rapporto", configurerebbe una presunzione *iuris et de iure*, in assenza di impugnativa entro l'anno, di inesistenza della simulazione». Sulla base di tali argomentazioni la Corte enuncia il principio di diritto secondo cui «la convivenza fra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è espressiva delle norme fondamentali che disciplinano l'istituto e, pertanto, non è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico»[6].

Con ulteriore decisione, n. 9844 del 15 giugno 2012, la Corte di Cassazione si riporta agli assunti di cui alla sentenza n. 1780 del 2011, in quanto afferma che va attribuito «rilievo, quale situazione ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, alla convivenza prolungata dei coniugi successivamente alla celebrazione del matrimonio e non alla semplice durata del matrimonio medesimo… Ciò in quanto l'ordine pubblico interno matrimoniale evidenzia un palese favor per la validità del matrimonio quale fonte del rapporto familiare incidente sulla persona e oggetto di rilievo e tutela costituzionali (Cass.

[6] In dottrina, sulla sentenza della Cassazione n. 8926 del 2012, Canonico, *Convivenza coniugale ed efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: il cerchio finalmente si chiude!*, in *Dir. famiglia*, 2012, 1565-1576; Id., *Convivenza coniugale e nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione torna sui suoi passi (Nota a Cass. 4 giugno 2012 n. 8926)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), giugno 2012, 1-20; Castelli, *La convivenza coniugale non osta alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario*, in *Foro padano*, 2013, I, 143-157; Dalla Torre, *"Specificità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), novembre 2013, 1-15; Fiorini, *Il mancato rispetto dei precedenti a sezioni Unite indebolisce la funzione nomofilattica della Corte*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 26, 50-54; Iannaccone, *Il Concordato (per ora) è salvo: la Cassazione rispetta gli Accordi di Villa Madama*, in *Famiglia e dir.*, 2013, 24-40; Mioli, *Alcune riflessioni sulla convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce di una recente sentenza (Cass., 4 giugno 2012, n. 8926)*, in *Ius Ecclesiae*, 2013, 268-288; Id., *La convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2012, 1-46.

S.U. 2008/19809), con la conseguenza che, per i principi emergenti dalla Costituzione e dalla riforma del diritto di famiglia, è proprio il matrimonio-rapporto, fondato sulla convivenza dei coniugi, ad avere una incidenza rilevante nell'ordine pubblico italiano, tale da impedire di annullare il matrimonio dopo che è iniziata la convivenza e specie se questa è durata per un certo tempo (Cass. 2003/3339; Cass. 2011/1343)».

2. Nel confuso quadro giurisprudenziale appena descritto, alla luce del contrasto interpretativo venutosi a creare all'interno della Corte di Cassazione, la questione della rilevanza della convivenza coniugale in ordine alla riconoscibilità in sede civile delle nullità matrimoniali canoniche viene demandata al vaglio delle Sezioni Unite, le quali si pronunciano sul punto con le sentenze nn. 16379 e 16380 del 17 luglio 2014, aventi identico tenore sotto il profilo dei contenuti motivazionali e dei principi di diritto enunciati.

Interessa in questa sede in particolare la sentenza n. 16380, relativa a vicenda giudiziaria di provenienza umbra, in quanto riguarda la delibazione, pronunciata dalla Corte d'Appello di Perugia, di una sentenza emanata in prima istanza dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Umbro e confermata dalla Rota Romana.

La fattispecie ha ad oggetto l'invalidità del matrimonio, dichiarata in sede ecclesiastica per esclusione dell'indissolubilità da parte dell'uomo attore e per incapacità psichica della donna convenuta. Ottenuta la duplice pronuncia richiesta dalla normativa processuale canonica ai fini dell'esecutività della decisione, l'uomo si rivolge alla Corte d'Appello di Perugia invocando l'attribuzione di efficacia civile alla statuizione ecclesiastica di nullità del vincolo coniugale. La donna convenuta si costituisce nel giudizio di delibazione opponendosi all'avversa domanda, facendo valere in tal senso, come elementi ostativi al riconoscimento della nullità canonica, la pendenza dinanzi al giudice statale del procedimento di separazione personale dei coniugi; la contrarietà della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico per la mancata corrispondenza del motivo di nullità dichiarato dalla giurisdizione canonica con quelli previsti dalla legge italiana e per la sostanziale elusione delle norme statali in tema di separazione e divorzio; il contrasto degli effetti della decisione canonica con l'ordine pubblico interno stante l'attinenza al foro interno, irrilevante per l'ordinamento italiano, dell'accertata esclusione dell'indissolubilità da parte dell'uomo, la mancata partecipazione dell'esclusione stessa all'altro coniuge e l'inammissibilità, nel processo civile, della prova testimoniale in materia di simulazione esperita nel giudizio canonico.

Con sentenza 24 marzo 2011, n. 205, la Corte d'Appello di Perugia, in accoglimento della domanda dell'attore, dichiara l'efficacia civile della pronuncia canonica di nullità matrimoniale, rigettando le censure svolte dalla convenuta, rilevando tra l'altro che la pendenza del giudizio di separazione personale fra gli stessi coniugi non costituisce ostacolo alla delibazione della sentenza di nullità ecclesiastica ai sensi dell'art. 797, n. 6, c.p.c., stante la diversità di oggetto fra giudizio di nullità e procedimento di separazione, mentre è da escludere il preteso contrasto con l'ordine pubblico in quanto nella specie dalla sentenza ecclesiastica si evince la conoscenza-conoscibilità delle intenzioni simulatorie dell'uomo da parte della donna[7].

[7] Gli elementi riportati sono desunti da quanto riportato nella parte in fatto della sentenza delle Sezioni Unite, che descrive la fattispecie oggetto di giudizio facendo esattamente riferimento a decisioni del Tribunale Ecclesiastico Umbro e della Corte d'Appello di Perugia. Va tuttavia precisato che al n. 3.1 della parte motiva il medesimo provvedimento, facendo evidentemente confusione con l'oggetto della coeva decisione

Avverso la decisione della Corte d'Appello l'interessata propone ricorso per cassazione, facendo valere diversi motivi tra cui, per quanto qui direttamente interessa, l'immotivata esclusione di applicabilità del termine di decadenza di cui all'art. 123, secondo comma, c.c. per far valere la simulazione e la mancata applicazione del principio enunciato dalla sentenza n. 1343 del 2011 nel senso di attribuire alla prolungata convivenza coniugale efficacia ostativa alla delibazione della nullità matrimoniale canonica.

La Corte di Cassazione nella decisione oggetto d'esame, dopo alcune precisazioni preliminari relative alla normativa applicabile alla materia in questione[8] ed

n. 16379, parla invece di sentenza del Tribunale Ecclesiastico Triveneto, delibata dalla Corte d'Appello di Venezia, relativa a nullità matrimoniale per esclusione dell'indissolubilità del vincolo da parte della donna.

[8] Si tratta, in particolare, della puntualizzazione circa l'inapplicabilità della legge 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale. In tal senso, fra le altre, Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809; Cass., 10 maggio 2006, n. 10796; Cass., 11 maggio 2005, n. 21865; Cass., 8 giugno 2005, n. 12010; Cass., 25 maggio 2005, n. 11020; Cass., 30 maggio 2003, n. 8764; Cass., 20 novembre 2003, n. 17595. *Contra*, App. Firenze, 31 marzo 2000 e App. Firenze, 1° ottobre 1997. In dottrina, nel senso della mancata applicabilità del principio del riconoscimento automatico alle sentenze ecclesiastiche e della perdurante necessità del giudizio di delibazione, pur con differenti orientamenti circa la disciplina in concreto utilizzabile: Canonico, *L'applicabilità della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 1996, 314-325; Id., *L'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, Esi, Napoli, 1996, 37-47; Comolli, *La legge 218/1995 ed il riconoscimento nello Stato delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio: a proposito di una recente sentenza*, in *Dir. famiglia*, 1997, 1652-1660; F. Finocchiaro, *Il nuovo ordinamento dello stato civile, la trascrizione delle sentenze straniere e delle sentenze ecclesiastiche*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, 400-402; Id., *La legge n. 218 del 1995 e l'esecuzione delle sentenze straniere ed ecclesiastiche sul matrimonio* (Della confusione delle idee e delle lingue), *ivi*, 2000, I, 615-619; Id., *Profili problematici del riconoscimento civile del matrimonio canonico*, *ivi*, 1999, I, 41-42; Fumagalli Carulli, *Rilevanza della giurisdizione ecclesiastica nell'ordinamento italiano. Rapporti con la giurisdizione civile*, in Aa.Vv., *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Atti del XXXIX Congresso nazionale di diritto canonico, Lodi 10-13 settembre 2007, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2008, 37-38; Lacroce, *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e l'efficacia delle sentenza dei tribunali ecclesiastici*, in *Ius Ecclesiae*, vol. VIII, 1996, 685-688; Id., *Le sentenze del contrappasso: in tema di legittimazione ad agire nel giudizio di "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche (Dall'Accordo del 1984 alla riforma delle norme sulla delibazione)*, nota a Cass. 10.3.95 n. 2787, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1134-1133; Lillo, *Giudizio di nullità del matrimonio concordatario e nuovo sistema di diritto internazionale privato: osservazioni preliminari*, nota a Trib. Padova 7.1.95, in *Dir. famiglia*, 1996, 1059-1065; Mancuso, *La parziale incidenza del nuovo sistema di diritto internazionale privato nella materia concordataria*, in *Dir. eccl.*, 2004, I, 1198-1204; Moneta, *Riserva di giurisdizione e delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali: recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali*, *ivi*, 1997, I, 817-820; Nappi – Gelosa, *Il crepuscolo del procedimento di delibazione nel nostro sistema di diritto internazionale privato*, in *Dir. famiglia*, 1996, 312-313; Ricca, *Sopravvivenza della delibazione matrimoniale e riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. "Vecchie eccezioni" che assurgono a regole e "regole vecchie" che degradano ad eccezioni*, in *Dir. eccl.*, 1997, I, 672-682; Sarti, *Le ragioni dell'inapplicabilità della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alle sentenze canoniche di nullità matrimoniale*, nota a App. Firenze 28.5.97 e App. Firenze 1.10.97 (ord.), *ivi*, 1998, II, 333-344. In senso contrario, a favore cioè dell'applicabilità del riconoscimento automatico anche alle sentenze ecclesiastiche: Badiali, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, 40-50; Folliero, *Cassazione e delibazione matrimoniale: il lungo addio* (I percorsi sghembi della Cassazione e la diritta via di Corte d'Appello di Firenze: un incrocio promettente), in *Dir. eccl.*, 2000, I, 722-778; Id., *Le sentenze ecclesiastiche matrimoniali fra riconoscimento "automatico" e procedimenti "speciali" 2 (il biennio '98-99, le regole del procedimento speciale e la lodevole eccezione: il "caso" Toscana)*, *ivi*, 1999, I, 680-721; Massetani, *La efficacia delle sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dal giudice ecclesiastico*, in *Foro it.*, 1997, V, 148-150.

alla sussistenza della giurisdizione statale in materia di delibazione delle nullità matrimoniali canoniche, si premura in primo luogo di evocare il principio di laicità dello Stato, affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 203 del 1989, per sottolineare la necessaria distinzione fra ordine dello Stato ed ordine della Chiesa cattolica.

La decisione fa quindi leva sul valore preminente da attribuire nell'ordinamento statale al matrimonio-rapporto rispetto al matrimonio-atto, ed a sostegno di tale assunto, ovvero della particolare rilevanza riservata al rapporto coniugale, offre il riferimento ad una pluralità di fonti: l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948; l'art. 23, paragrafo 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966; l'art. 5 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984; gli artt. 2, 29, 30 e 31 della Costituzione italiana; gli artt. 143, 144 e 147 del Codice civile. Sulla base di tali disposti normativi la Corte afferma che «il «*matrimonio-rapporto*», il quale ha certamente origine nel «*matrimonio-atto*», può ritenersi un'espressione sintetica comprensiva di molteplici aspetti e dimensioni dello svolgimento della vita matrimoniale e familiare – che si traducono, sul piano rilevante per il diritto, in diritti, doveri, responsabilità –, caratterizzandosi così, secondo il paradigma dell'art. 2 Cost., come il "contenitore", per così dire, di una pluralità di «*diritti inviolabili*», di «*doveri inderogabili*», di «*responsabilità*», di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche… E un elemento essenziale del «*matrimonio-rapporto*» è certamente costituito dalla *"convivenza"* dei coniugi o *"come coniugi"* che, nell'attuale specifico significato giuridico di tale espressione, connota il rapporto matrimoniale in modo determinante».

Per quanto attiene alla portata della nozione di convivenza, che secondo le Sezioni Unite va distinta dal concetto di coabitazione, la motivazione della decisione individua una serie di indicazioni normative e giurisprudenziali, fra cui la Costituzione, l'art. 8 della CEDU e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), nonché pronunciamenti della Corte Costituzionale, della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Sulla base di tali presupposti viene dunque affermato che il concetto di convivenza coniugale, ai fini che interessano in sede di delibazione, deve essere specificato da requisiti particolari, ravvisati nell'esteriorità e nella stabilità. In merito al primo profilo si chiarisce che per essere rilevante la convivenza coniugale «deve essere esteriormente riconoscibile attraverso fatti e comportamenti che vi corrispondano in modo non equivoco e, perciò, essere anche dimostrabile in giudizio, da parte dell'interessato, mediante idonei mezzi di prova, ivi comprese le presunzioni semplici assistite dai noti requisiti di cui all'art. 2729, primo comma, cod. civ.». In relazione poi al requisito della stabilità, sempre riferito alla convivenza, si osserva che «tale qualità – pur concordemente evocata… dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee quale connotato che la caratterizza nell'ambito del, o fuori dal, matrimonio – non è temporalmente determinata» e tuttavia «appare indispensabile individuare, secondo diritto e ragionevolezza, il periodo di tempo dalla celebrazione del matrimonio, trascorso il quale dalla convivenza coniugale con dette caratteristiche può legittimamente inferirsi anche una piena ed effettiva "accettazione del rapporto matrimoniale", tale da implicare anche la sopravvenuta irrilevanza giuridica dei vizi genetici eventualmente inficianti l'"atto" di matrimonio, che si considerano perciò "sanati" dall'accettazione del rapporto». Per la determinazione di tale

durata le Sezioni Unite, reputando assente uno specifico riferimento normativo, ritengono di poter utilizzare per analogia il termine triennale previsto dal legislatore all'art. 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184, per considerare stabile il rapporto di coppia ai fini dell'adozione di un minore. In tal modo la sentenza perviene all'affermazione che «la convivenza dei coniugi, connotata dai più volte sottolineati caratteri e protrattasi per almeno tre anni dopo la celebrazione del matrimonio, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata e tutelata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie, di *«ordine pubblico italiano»*… osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario».

Viene ancora precisato dalle Sezioni Unite che la convivenza coniugale che abbia le descritte caratteristiche opera, «*quale "limite generale" d'ordine pubblico italiano*», in presenza di qualsiasi motivo di nullità, sul presupposto che, diversamente opinando, «il giudice italiano… dovrebbe… procedere ad una interpretazione delle singole norme del codice di diritto canonico disciplinanti le fattispecie di nullità ivi previste… valicando così inammissibilmente i confini della giurisdizione nell'"ordine civile"…».

Sotto altro profilo la pronuncia in esame, dopo aver ribadito che «in linea di principio, per costante orientamento di questa Corte, la contrarietà di un atto all'ordine pubblico, sostanziale o processuale, attenendo a materie "indisponibili" dalle parti perché involgenti aspetti che trascendono interessi esclusivamente individuali, è questione rilevabile anche d'ufficio», qualifica il rilievo avente ad oggetto la prolungata convivenza coniugale come eccezione in senso stretto, riservata in quanto tale alla sola parte privata interessata e preclusa invece al pubblico ministero, che pur deve obbligatoriamente intervenire nei giudizi di delibazione. Si puntualizza al riguardo che il convenuto dovrà sollevare detta eccezione dinanzi alla Corte d'Appello e nella comparsa di risposta, con l'onere di allegare i fatti su cui l'eccezione si fonda e proporre i relativi mezzi di prova, con specificazione che l'eventuale attività istruttoria «ha da svolgersi, secondo le regole di un ordinario giudizio di cognizione, con particolare rigore, in considerazione sia della complessità degli accertamenti in fatto, sia del coinvolgimento di diritti, doveri e responsabilità fondamentali e personalissimi, sia del dovere di rispettare il divieto di «*riesame del merito*» della sentenza canonica, imposto al giudice della delibazione dal punto 4, lettera *b)*, n. 3, del Protocollo addizionale».

3. La decisione che si annota suggerisce alcune considerazioni[9].

[9] In dottrina, sulle pronunce delle Sezioni Unite nn. 16379 e 16380 del 2014, Bentivoglio, *La durata triennale della convivenza coniugale e la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Realtà forense*, 2014, n. 2, 7; Carbone, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*, in *Corriere giur.*, 2014, 1196 ss.; Casaburi, *Nullità del matrimonio-atto e convivenza post-matrimoniale: le matrioske di piazza Cavour*, in *Foro it.*, 2015, I, 627-631; Casuscelli, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo "che apporta modificazioni al Concordato lateranense"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), settembre 2014, 1-26; Colaianni, *Convivenza "come coniugi" e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Giur. it.*, 2014, 2111 ss.; Id., *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), luglio 2014, 1-27; Dalla Torre, *Qualche errore «supremo»*, in *www.avvenire.it/Commenti/Pagine/qualche-errore-supremo.aspx*, 24.7.14; Galluzzo, *Eccezione in senso stretto non rilevabile d'ufficio che tende a salvaguardare il coniuge più debole*, in *Guida al diritto*, 2014, n. 33, 28-31; Giacobbe, *Le sezioni unite tra nomofilachia e "nomofantasia"*, in *Dir. famiglia*, 2014, 1416-1446; Graziano, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza*

La Corte di Cassazione dalla presa d'atto del valore giuridico attribuito alla convivenza coniugale dalla normativa e dalla giurisprudenza pretende di dedurre l'ascrizione di tale elemento nel novero dei principi di ordine pubblico, sulla base della semplice constatazione che la convivenza è «regolata da disposizioni costituzionali, convenzionali ed ordinarie». In realtà, la considerazione di un fatto giuridico da parte del legislatore o di norme internazionali non comporta necessariamente ed automaticamente la qualifica dello stesso come principio di ordine pubblico. Prova ne è la constatazione che, nonostante la Costituzione e la legislazione ordinaria contemplino molteplici realtà giuridiche, solo ad un limitato numero di esse viene attribuita la valenza di principio di ordine pubblico.

Non si può negare che nell'ordinamento statale il valore attribuito al rapporto matrimoniale sia prevalente rispetto alla rilevanza riconosciuta al matrimonio-atto, ma ciò non vale ad assegnare per forza di cose alla vita coniugale il rango di principio di ordine pubblico, soprattutto in presenza di una relazione matrimoniale che, alla luce del ricorso delle parti alla giustizia e dell'intervenuta pronuncia di nullità del vincolo, è ormai venuta meno sotto il profilo materiale. Dal punto di vista formale poi l'assunto delle Sezioni Unite pretende di attribuire particolare rilievo ad una situazione come la convivenza che, stante l'intervenuta declaratoria di nullità del matrimonio, avente in quanto tale efficacia retroattiva, non può dirsi fondata e giustificata dalla presenza del vincolo coniugale. E dunque si vorrebbe far discendere effetti considerevoli da un rapporto di semplice convivenza, situazione cui invece il legislatore statale conferisce conseguenze giuridiche di limitata portata e comunque di minor rilevanza rispetto a quelle derivanti dal matrimonio-atto.

Ma soprattutto va rilevato come il dato normativo, anziché convalidare l'assunto delle Sezioni Unite, valga piuttosto a smentire la possibilità di considerare la convivenza coniugale come principio di ordine pubblico. Se è vero che l'art. 123 c.c, in tema di invalidità del matrimonio per simulazione, prevede un limite alla proponibilità della relativa azione consistente nella realizzata convivenza dei coniugi, va tuttavia rilevato come in altre disposizioni il legislatore consenta espressamente di far valere la nullità del vincolo nonostante l'intervenuta convivenza coniugale ed addirittura senza precisi limiti temporali. Già infatti nell'ipotesi di nuove nozze contratte a seguito della dichiarazione di morte presunta del coniuge si prevede la nullità del matrimonio qualora ritorni o sia accertata l'esistenza in vita della persona della quale era stata dichiarata la morte (art. 68 c.c.), senza che tale invalidità sia in alcun modo ostacolata dalla convivenza coniugale che era stata nel frattempo instaurata a seguito delle seconde nozze e portata avanti anche per un periodo di tempo considerevole. In maniera analoga, la pronuncia di invalidità del vincolo non è preclusa dall'istaurata convivenza degli sposi, per quanto prolungata, in presenza degli impedimenti d'età, precedente matrimonio, parentela, affinità, adozione, delitto (artt. 84, 86, 87 e 88 c.c., richiamati dal successivo art. 117). L'art. 120 c.c. consente ancora di far valere il vizio genetico per incapacità d'intendere e di volere di un contraente entro un anno dal recupero delle facoltà

coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla 'delibazione' di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in *Famiglia e dir.*, 2015, 228-234; Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), settembre 2014, 1-23; Vesto, *La rilevanza del fattore temporale nella dinamica dei rapporti familiari*, in *Diritto e processo*, Annuario giuridico della Università degli Studi di Perugia, 2014, 13-32.

mentali da parte del soggetto interessato: qualora la persona incapace all'epoca della celebrazione dovesse riacquistare la pienezza delle facoltà mentali dopo anni, la pur prolungata convivenza nel frattempo realizzatasi fra gli interessati non varrebbe, per espresso disposto normativo, ad impedire l'azione da parte del soggetto legittimato e la relativa pronuncia di invalidità del vincolo. Situazione analoga si verifica nelle ipotesi di violenza e di errore, nelle quali "*l'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che siano cessate la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore*" (art. 122 c.c.). È evidente che detti eventi possono intervenire dopo anni, con la conseguenza che nel frattempo i coniugi hanno vissuto in perfetta comunione, la quale non è dunque considerata idonea ad impedire la successiva statuizione di invalidità del matrimonio. In maniera simile è stabilito in tema invalidità del matrimonio per infermità di mente, fattispecie in relazione alla quale "*l'azione non può essere proposta se, dopo revocata l'interdizione, vi è stata coabitazione per un anno*" (art. 119, secondo comma, c.c.). Anche in questo caso la revoca dell'interdizione può sopraggiungere ad anni di distanza dalla celebrazione, dopo che gli sposi hanno nel frattempo convissuto, senza che tale circostanza sia considerata in alcun modo ostativa alla pronuncia di invalidità del vincolo. Risulta dunque che esiste la possibilità, normativamente prevista, che il provvedimento che sancisce la nullità del vincolo intervenga a distanza di notevole tempo dalla celebrazione nuziale e nonostante la pluriennale comunione di vita che nel frattempo i coniugi abbiano di fatto realizzato. Tale possibilità dimostra che l'elemento della prolungata convivenza tra coniugi non costituisce, al contrario di quanto preteso dalle Sezioni Unite, un principio di ordine pubblico, idoneo in quanto tale ad impedire la pronuncia di invalidità del vincolo coniugale. Se avesse la qualifica attribuitale dalla Cassazione, la prolungata convivenza coniugale dovrebbe essere inderogabile, mentre al contrario lo stesso legislatore prevede che essa possa essere superata e non costituisca ostacolo insormontabile. L'ordine pubblico per sua natura comprende principi essenziali ed irrinunciabili per l'ordinamento, contro i quali non è in alcun caso consentito andare, ed allora ciò che risulta consentito dalla legge non può evidentemente rientrare nella categoria considerata.

D'altra parte, lo stesso argomento addotto dalla Corte per giustificare il rilievo attribuito alla durata della vita matrimoniale quale elemento ostativo al riconoscimento della nullità matrimoniale canonica, fondato sull'efficacia sanante attribuita alla prolungata convivenza coniugale per la pretesa rinuncia dell'interessato a far valere l'invalidità originaria del matrimonio, può assumere significato solo in alcune ipotesi di invalidità del vincolo. Può infatti essere lecito, sotto il profilo logico, presumere che il soggetto, il quale aveva escluso all'atto della celebrazione elementi o proprietà essenziali del matrimonio, con la propria permanenza per anni nella vita coniugale abbia implicitamente rinunciato a far valere il vizio genetico da lui determinato. Ma simile presunzione non può certamente operare nei confronti di colui che difettava della capacità necessaria all'emissione di valido consenso, almeno sino a che non si dimostri l'avvenuto recupero delle facoltà mentali. Ancor meno si può ipotizzare una rinuncia a valersi dell'invalidità per il soggetto che non abbia determinato la nullità del vincolo e sia stato ignaro del vizio genetico del matrimonio nel corso della vita coniugale: non conoscendo il vizio genetico costui non poteva certo farlo valere. Addirittura, specie nei casi di invalidità derivante da impedimento o vizio di forma, entrambi i coniugi potrebbero non avere consapevolezza della sussistenza delle cause di nullità del matrimonio e venirne a conoscenza solo a distanza di tempo, magari dopo che si è maturato

il termine triennale impeditivo del riconoscimento dell'eventuale dichiarazione di nullità del vincolo. Ecco allora che la valenza generale che le Sezioni Unite pretendono di attribuire alla convivenza coniugale, quale elemento idoneo a precludere la delibazione della declaratoria canonica di nullità da qualsiasi causa essa derivi, si rivela ingiustificata, in quanto finisce per operare in maniera indiscriminata, anche in situazioni nelle quali in realtà la lunga durata della vita matrimoniale non può essere assunta a dimostrazione della volontà degli interessati di permanere nel vincolo nonostante la conosciuta invalidità dello stesso, non avendo senso parlare di rinuncia ad un diritto in capo a colui che, non avendone cognizione, non poteva concretamente esercitarlo.

La Cassazione afferma che la convivenza coniugale come limite di ordine pubblico debba operare senza distinzione fra le varie cause canoniche di nullità in quanto simile distinzione implicherebbe una «inammissibile invasione del giudice italiano nella giurisdizione ecclesiastica in materia di nullità di matrimonio». Ma a ben vedere il controllo demandato al giudice della delibazione per valutare la non contrarietà della pronuncia canonica all'ordine pubblico italiano non incide in alcun modo sulla giurisdizione della Chiesa e sulla decisione adottata nel caso concreto. Del resto, se fosse vero l'assunto che ravvisa nell'attività giudiziaria da compiere in sede di delibazione una possibile invasione della sfera di competenza della Chiesa si dovrebbe ritenere precluso alla Corte d'Appello qualsiasi controllo relativo all'ordine pubblico, verifica che risulta al contrario imposta dalle stesse previsioni concordatarie.

Altro punto criticabile all'interno della statuizione delle Sezioni Unite è ravvisabile nella determinazione della durata necessaria perché la convivenza possa costituire un limite all'ingresso delle nullità canoniche nell'ordinamento statale. Una volta attribuito alla prolungata convivenza coniugale il valore di principio di ordine pubblico, sarebbe stato coerente fare riferimento in proposito al termine annuale espressamente previsto dalla legge civile ai fini della decadenza dall'azione di annullamento del matrimonio, senza alcuna necessità di ricorrere all'analogia ed applicare la normativa in tema di adozione. Al riguardo nella motivazione si fa riferimento agli artt. 119, 120 e 122 del Codice civile, i quali prevedono un preciso termine per l'impugnazione del matrimonio, stabilendo che la relativa azione non può essere proposta se, dalla revoca dell'interdizione, dal recupero delle piene facoltà mentali, dalla cessazione della violenza o delle cause che hanno determinato il timore, ovvero dalla scoperta dell'errore, le parti abbiano convissuto come coniugi per un anno. Si richiama anche il successivo art. 123, che conferisce rilievo al decorso di un anno dalla celebrazione ed alla convivenza delle parti. Non v'era dunque l'esigenza di utilizzare il procedimento analogico, in quanto il legislatore statale ha già determinato il periodo di tempo in virtù del quale nell'ordinamento statale la convivenza dei coniugi vale a precludere l'impugnazione del matrimonio civile. Ed allora, se la medesima circostanza deve avere valore di ordine pubblico in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, non si comprende per quale ragione il lasso temporale debba essere diverso rispetto a quanto già previsto dal legislatore statale per conferire stabilità al matrimonio mediante la previsione della decadenza dall'impugnazione, posto che in entrambi i casi si mira, secondo la Cassazione, a conferire alla convivenza efficacia sanante dei vizi genetici dell'atto matrimoniale.

Vale ancora la pena di sottolineare come il prefigurato accertamento del requisito dell'esteriorità della convivenza coniugale finisca per assegnare al giudice della delibazione ampi poteri discrezionali, suscettibili di incidere in maniera conside-

revole sulla possibilità o meno di riconoscimento della sentenza ecclesiastica, con il rischio di valutazioni differenziate tra le varie Corti d'Appello, senza che peraltro possa al riguardo sopperire la funzione unificatrice del Giudice di legittimità, trattandosi di apprezzamenti di fatto, insindacabili come tali in Cassazione. Senza contare l'incertezza dei confini entro cui potrà essere in concreto effettuata attività istruttoria volta all'accertamento del requisito di cui trattasi. Secondo la Corte di Cassazione per essere rilevante la convivenza «deve essere esteriormente riconoscibile attraverso fatti e comportamenti che vi corrispondano in modo non equivoco e, perciò, essere anche dimostrabile in giudizio, da parte dell'interessato, mediante idonei mezzi di prova, ivi comprese le presunzioni semplici assistite dai noti requisiti di cui all'art. 2729, primo comma, cod. civ.», con la precisazione che «nelle più volte sottolineate peculiarità della fattispecie "convivenza coniugale", fatta valere come limite generale d'ordine pubblico alla delibazione, è certamente compresa, anche sotto il profilo in esame, un'indubbia "complessità fattuale" – molto maggiore di quella rilevabile negli altri casi, anche se parimenti non coinvolta negli accertamenti della sentenza canonica – che giustifica ampiamente lo svolgimento di un'apposita istruzione probatoria, da compiersi tuttavia, come pure già rimarcato, con particolare attenzione, tenuto conto che i relativi accertamenti, da un lato, attengono all'attuazione di un principio d'ordine pubblico italiano oggetto di rilievo e tutela anche costituzionali e, dall'altro, esigono comunque l'osservanza dei patti stipulati dalla Repubblica italiana e dalla Santa Sede con l'Accordo del 1984». A fronte dell'orientamento restrittivo sopra riferito sinora adottato dal Giudice di legittimità, che nel giudizio di delibazione delle pronunce canoniche consentiva ai fini probatori esclusivamente il riferimento alla sentenza ecclesiastica ed agli atti del processo canonico eventualmente prodotti, dalle parole impiegate dalle Sezioni Unite non è dato comprendere in quali termini ed entro quali limiti sarà possibile effettuare attività istruttoria dato che, nonostante il richiamato onere probatorio e l'affermata generale possibilità in tal senso, si è poi posta una indefinita limitazione a detta attività, che dovrà appunto essere compiuta «con particolare attenzione». Simile precisazione rischia di introdurre un margine ulteriore di discrezionalità nell'ammissione degli strumenti probatori, con il rischio di enfatizzare le differenze sopra prospettate nel comportamento delle diverse Corti di merito.

Altro aspetto discutibile della pronuncia oggetto di considerazione concerne la qualifica attribuita all'elemento della convivenza coniugale, che secondo la Cassazione dal punto di vista processuale costituisce oggetto di una eccezione in senso stretto, riservata in quanto tale alla parte privata interessata. Ne consegue che risulta in tal modo precluso al pubblico ministero avanzare una censura attinente proprio al profilo dell'ordine pubblico e parimenti impedito al giudice della delibazione di rilevare, ove risultante, la sussistenza dell'elemento in questione e dunque la mancata integrazione del requisito previsto dall'art. 797, n. 7, c.p.c. In altre parole, agli organi deputati per legge a valutare e verificare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica, e fra esse il mancato contrasto della sentenza ecclesiastica con l'ordine pubblico, si finisce per impedire di adempiere le proprie specifiche funzioni. In simile prospettiva, una pronuncia canonica di nullità matrimoniale potrà essere considerata conforme o contraria all'ordine pubblico a seconda del comportamento processuale della parte convenuta piuttosto che sulla base delle statuizioni e dell'effettivo contenuto del provvedimento in quanto, nonostante la presenza della prolungata convivenza con i caratteri precisati dalle Sezioni Unite, in mancanza di specifica eccezione della parte interessata ed in ragione del silenzio imposto

al pubblico ministero e della limitazione al potere di accertamento che dovrebbe competere al giudice della delibazione, la Corte d'Appello sarà tenuta ad attribuire efficacia civile ad una decisione che pure sarebbe di per se stessa da considerare contraria all'ordine pubblico secondo i parametri stabiliti dalla Corte di Cassazione. In tal modo si finisce per far dipendere esclusivamente dalla volontà di una parte privata, quella convenuta in giudizio, la riconoscibilità o meno della sentenza ecclesiastica, collocando di fatto l'ordine pubblico, per definizione indisponibile ed inderogabile, nella disponibilità dei soggetti privati, anzi di uno solo di essi. E si noti che le Sezioni Unite pervengono a simile risultato nonostante l'affermazione secondo cui «la contrarietà di un atto all'ordine pubblico, sostanziale o processuale, attenendo a materie "indisponibili" dalle parti perché involgenti aspetti che trascendono interessi esclusivamente individuali, è questione rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, salvo il dovere del giudice di promuovere su di essa il previo contraddittorio tra le parti (artt. 101, secondo comma, e 384, terzo comma, cod. proc. civ.)». A dispetto di tale proclamazione di principio, il provvedimento in esame finisce per assegnare alla parte privata convenuta il ruolo di arbitro esclusivo delle sorti del giudizio di delibazione, con poteri che per assurdo, relativamente all'ordine pubblico, prevalgono addirittura su quelli del pubblico ministero e del collegio giudicante.

4. Al di là delle specifiche censure che possono essere mosse alla decisione oggetto di riflessione, va più in generale sottolineato come la stessa, unitamente alla coeva sentenza n. 16379, rappresenti l'ultima tappa di un percorso che ha condotto la giurisprudenza a limitare progressivamente il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nell'ordinamento statale.

L'art. 797 c.p.c., ancora applicabile alla delibazione delle pronunce canoniche, nonostante l'abrogazione di tale disposizione nel frattempo intervenuta, in virtù del rinvio materiale contenuto nella normativa concordataria[10], richiede che il provvedimento straniero, nella specie la decisione del tribunale ecclesiastico, non contenga «disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano», definito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 18 del 1982 come l'insieme delle «regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società», cioè l'insieme di principi che costituiscono l'essenza dell'ordinamento e risultano come tali irrinunciabili ed inderogabili.

Sotto tale profilo, a parte le ipotesi dei cosiddetti impedimenti tipicamente confessionali, in cui la nullità deriva dall'esistenza di situazioni del tutto peculiari che non trovano analogo riscontro nell'ordinamento civile, quali la disparità di religione, l'ordine sacro ed il voto pubblico di castità[11], negli altri casi di invalidità

[10] Gli artt. 796 e 797 c.p.c. sono espressamente richiamati dal punto 4 del Protocollo addizionale all'Accordo di Villa Madama e tale richiamo deve intendersi come rinvio materiale, con la conseguenza che il contenuto di dette disposizioni è stato recepito nella norma pattizia secondo il testo all'epoca vigente, a nulla rilevando la successiva abrogazione di tali norme ad opera della legge n. 218 del 1995. Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, afferma infatti che l'abrogazione delle norme del Codice di rito sul riconoscimento delle sentenze straniere «non ha comportato la loro inapplicabilità nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, essendo divenuto il previgente art. 797 c.p.c. parte della convenzione interordinamentale che lo richiama».

[11] Nelle ipotesi menzionate vengono in considerazione situazioni particolari, che hanno rilievo esclusivamente sotto il profilo spirituale e restano al contrario del tutto indifferenti per l'ordinamento civile, il quale non potrebbe conferire rilevanza alla fede religiosa di un soggetto, né ai suoi impegni di tipo spirituale, con la conseguenza che lo Stato non può far dipendere la validità o gli effetti civili di un matrimonio

del vincolo previsti dalla normativa canonica la giurisprudenza italiana riteneva in passato che in linea di massima non fossero ravvisabili ragioni di contrasto con l'ordine pubblico[12], salve alcune restrizioni nell'ipotesi di simulazione unilaterale, fattispecie in relazione alla quale l'orientamento della Corte di Cassazione, ormai consolidato, prevede che la buona fede in materia matrimoniale sia da ascrivere nel novero dei principi di ordine pubblico[13]. Tale interpretazione, non esente da critiche in dottrina[14], impedisce in linea di principio il riconoscimento delle pro-

dall'appartenenza confessionale dell'interessato o dalle sue promesse e vincoli sul piano religioso, dovendo rispettare il diritto di libertà religiosa sancito dall'art. 19 Cost. ed il divieto di discriminazioni sotto il profilo religioso di cui all'art. 3 Cost. Per tali ragioni, il soggetto che al momento delle nozze non presentava impedimenti matrimoniali per l'ordinamento statale non può vedersi invalidato il vincolo dal punto di vista civile in ragione delle proprie convinzioni religiose o di scelte di vita ispirate a motivazioni esclusivamente spirituali, perché simile determinazione verrebbe ad incidere sulla libertà matrimoniale di tale individuo che ha diritto agli effetti civili del matrimonio in assenza di impedimenti ostativi secondo la normativa statale alla celebrazione o alla trascrizione del vincolo.

[12] Sono state ad esempio ritenute riconoscibili le nullità dichiarate dalla giustizia canonica per incapacità psichica (Cass., 18 settembre 2014, n. 19691; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1262; Cass., 15 settembre 2009, n. 19808; Cass., 8 luglio 2009, n. 16051; Cass., 7 aprile 2000, n. 4387; Cass., 7 aprile 1997, n. 3002; Cass., 12 gennaio 1988, n. 140; Cass., 5 novembre 1987, n. 8151; Cass., 4 giugno 1987, n. 4889; Cass., 1° agosto 1986, n. 4910; Cass., 18 dicembre 1984, n. 6621), violenza e timore (Cass., 13 settembre 2002, n. 13428; Cass., 19 febbraio 1991, n. 1709; Cass., 1° agosto 1986, n. 4908; Cass., 5 luglio 1984, n. 3944), errore (Cass., 26 maggio 1987, n. 4707), impotenza (Cass., 18 febbraio 1985, n. 1376). Solo nel caso della condizione sembra essersi fatto riferimento alla necessità della conoscenza o conoscibilità dell'apposizione di tale elemento accidentale da parte dell'altro nubente (Cass., 6 marzo 2003, n. 3339; Cass., 11 giugno 1997, n. 5243; Cass., 6 settembre 1985, n. 4644). Non può tuttavia sottacersi che Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, ha ritenuto che "*l'errore, se indotto da dolo… se accertato come causa di invalidità in una sentenza ecclesiastica, potrà dare luogo al riconoscimento di questa in Italia solo se sia consistito in una falsa rappresentazione della realtà che abbia avuto ad oggetto circostanze oggettive, incidenti su connotati stabili e permanenti, qualificanti la persona dell'altro subente. Appare, quindi, in contrasto assoluto con il nostro ordine pubblico interno la rilevanza, sulla formazione del volere dei subenti, data in sede canonica ad un errore soggettivo…*".

[13] L'autorevole pronuncia antesignana di tale impostazione sembra essere Cass., sez. un., 1° ottobre 1982, n. 5026, cui si sono uniformate le pronunce successive.

[14] Consorti, *La tutela della buona fede come principio di ordine pubblico nelle sentenze di nullità del matrimonio canonico*, in *Dir. eccl.*, 1985, II, 163-164, parla di "*… equivoco… di considerare la buona fede come criterio per determinare la validità o l'invalidità del matrimonio… Infatti la tutela della buona fede nell'ambito del rapporto matrimoniale come criterio di validità del rapporto stesso, non è considerata neanche nel nostro ordinamento…*". Rilievi di analoga natura suggerisce Uccella, *Sentenze canoniche di nullità matrimoniale e ordine pubblico italiano: prime riflessioni*, in *Dir. eccl.*, 1986, I, 556 ss., il quale conclude per "*l'impossibilità di fare assurgere questo principio a livello di elemento costitutivo dell'ordine pubblico italiano* in re matrimoniali" (571), ragione per cui "*non sembra proponibile la emersione della buona fede e dell'affidamento del coniuge in tema di elementi idonei a dare concretezza all'ordine pubblico in materia matrimoniale*" (577). Pure F. Finocchiaro, *"Principi supremi", ordine pubblico italiano e (auspicata) parità tra divorzio e nullità canonica del matrimonio*, in Cipriani (a cura di), *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, Esi, Napoli, 1992, 70-71, afferma: "*L'errore di fondo della Cassazione, mi dispiace dirlo, è di aver ritenuto che la buona fede sia un principio di ordine pubblico nel settore del matrimonio. Ricordo che, molti anni fa, un illustre civilista, Giuseppe Stolfi, in un saggio pubblicato sugli studi in onore di Antonio Segni, diceva che volentieri egli avrebbe travasato la buona fede nei rapporti personali; solo che in tali rapporti la buona fede non funziona; essa conta molto nei rapporti contrattuali, nei rapporti in cui si fa questione del mio e del tuo, ma non ha spazio nei rapporti di famiglia, non conta nei rapporti fra padre e figlio non conta nei rapporti fra marito e moglie*". *Contra*, in senso favorevole alla valutazione giurisprudenziale della buona fede in materia matrimoniale come principio di ordine pubblico, Carbone, *La giurisprudenza della Cassazione sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in Cipriani (a cura di), *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, cit., 20-21.

nunce di invalidità matrimoniale fondate sull'esclusione del vincolo o di sue caratteristiche imprescindibili da parte di un solo coniuge, in ragione della ritenuta necessità di tutelare l'affidamento dell'altra parte in ordine alla validità del vincolo coniugale[15].

In effetti la considerazione della buona fede in materia matrimoniale come principio di ordine pubblico appare opinabile non trovando specifico riscontro nel dato legislativo, il quale offre anzi elementi in senso contrario laddove, agli artt. 128, 129 e 129-*bis* del Codice civile, disciplinando l'ipotesi del matrimonio putativo e le conseguenze della buona e mala fede dei coniugi, prevede espressamente la possibilità che, nonostante la buona fede di una o di entrambe le parti, il vincolo coniugale possa essere dichiarato invalido. Ed allora non si comprende come la buona fede di un coniuge, che per esplicita disposizione normativa non preclude nell'ordinamento statale la pronuncia di invalidità del matrimonio, possa al contempo ostacolare il riconoscimento della nullità pronunciata in sede canonica. Se davvero si trattasse di principio di ordine pubblico, la buona fede del coniuge non responsabile della nullità del matrimonio e la tutela del suo affidamento dovrebbero impedire anche al giudice statale la declaratoria di invalidità del matrimonio civile, al pari di quanto la Cassazione pretende debba avvenire per la delibazione delle sentenze canoniche, posto che un principio è ritenuto di ordine pubblico quando rappresenta un elemento irrinunciabile per un dato ordinamento, valevole ed operante in quanto tale in tutte le situazioni senza poter subire deroghe di sorta che ne smentirebbero l'anzidetta qualifica. Del resto la normativa degli artt. 128 e segg. c.c. è certamente applicabile anche ai casi di invalidità del matrimonio canonico trascritto, secondo quanto ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 329 del 2001[16], con la conseguenza che da un lato la giurisprudenza statale pretende che la buona fede impedisca il riconoscimento della pronuncia ecclesiastica di nullità del vincolo, dall'altro lato il legislatore considera invece il medesimo elemento come presupposto per il sorgere di conseguenze derivanti dalla statuizione di invalidità del matrimonio, quali effetti che promanano proprio da quanto la buona fede dovrebbe precludere secondo la ricordata interpretazione giurisprudenziale.

Va peraltro sottolineato come, al di là dei possibili rilievi a livello di princi-

[15] Fra le numerose pronunce in tal senso: Cass., 10 novembre 2006, n. 24047; Cass., 7 dicembre 2005, n. 27078; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1822; Cass., 19 novembre 2003, n. 17535; Cass., 16 luglio 2003, n. 11137; Cass., 6 marzo 2003, n. 3339; Cass., 12 luglio 2002, n. 10143; Cass., 28 marzo 2001, n. 4457; Cass., 8 gennaio 2001, n. 198; Cass., 16 maggio 2000, n. 6308; Cass., 10 giugno 1987, n. 5051; Cass., 13 gennaio 1987, n. 142; Cass., 22 dicembre 1986, n. 7834; Cass., 13 ottobre 1986, n. 5986.

[16] Nella menzionata pronuncia i Giudici della Consulta hanno escluso che la diversità delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla pronuncia di nullità rispetto a quelle che discendono dal divorzio possa essere qualificata come disparità di trattamento, in quanto «le due fattispecie della nullità del matrimonio e del divorzio presentano elementi di diversità non meramente formali, ma sostanziali. L'una si fonda – tanto nell'ordinamento civile quanto in quello canonico, sia la causa di nullità prevista da entrambi o da uno solo di essi – sulla constatazione giudiziale di un difetto originario dell'atto. L'altro, viceversa, si fonda, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 898 del 1970, sull'accertamento, ad opera del giudice, "che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3", e quindi presuppone una crisi dello svolgimento del rapporto coniugale. La diversità strutturale delle due fattispecie vale di per sé ad escludere la violazione dell'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della disparità di trattamento, in quanto, a cagione di essa, non è costituzionalmente necessario che le situazioni di declaratoria della nullità canonica alle quali fanno riferimento i rimettenti debbano ricevere lo stesso trattamento che l'ordinamento assegna alla disciplina delle conseguenze patrimoniali della cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario (o dello scioglimento del matrimonio civile)».

pio, l'ascrizione della buona fede in materia matrimoniale fra principi di ordine pubblico ingeneri rilevanti conseguenze in sede applicativa. La Corte di Cassazione infatti, una volta adottato il criterio della necessaria tutela dell'affidamento come limite alla delibazione delle sentenze di nullità per esclusione unilaterale del matrimonio o di sue proprietà o elementi essenziali, ha affermato che si possa comunque addivenire al riconoscimento di simile pronuncia di nullità qualora il coniuge non simulante fosse stato, all'epoca delle nozze, a conoscenza delle altrui intenzioni escludenti[17], ovvero avrebbe potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza[18]. L'adozione di simili correttivi viene giustificata con il rilievo che nel caso dell'effettiva conoscenza si realizzerebbe secondo la giurisprudenza una sorta di accordo simulatorio, tale da far venir meno la buona fede del non simulante, mentre nell'ipotesi di ignoranza ingiustificata non vi sarebbe incolpevole affidamento sulla validità del matrimonio, sicché in entrambe le situazioni verrebbero meno le ragioni di contrasto con l'ordine pubblico. In tal modo tuttavia si demanda al giudice della delibazione il compito di accertare la conoscenza-conoscibilità della simulazione, vertendosi peraltro in tema di volontà interna che di per sé incontra comprensibili difficoltà probatorie e valutative, accresciute dalle stringenti limitazioni sopra riferite sinora imposte dalla Cassazione ai poteri istruttori delle Corti d'Appello in sede di delibazione delle sentenze ecclesiastiche.

Il punto che suscita maggiori perplessità nell'ambito dell'interpretazione qui considerata è peraltro quello che, pur ritenendo la tutela della buona fede e dell'affidamento principio di ordine pubblico, idoneo come tale ad impedire la delibazione delle nullità per simulazione unilaterale, ritiene tuttavia che le ragioni di tutela vengano meno qualora il coniuge interessato, ovvero quello che non ha operato esclusioni al momento dell'emissione del consenso matrimoniale, rinunci a far valere in sede civile le proprie ragioni, non opponendosi al riconoscimento della sentenza ecclesiastica o addirittura invocandolo egli stesso[19]. Simile conclusione, a ben vedere, finisce per contraddire il presupposto di partenza, ovvero la qualificazione della buona fede e dell'affidamento incolpevole come principi di ordine pubblico, dato che se si afferma che un determinato valore è meritevole di tutela *erga omnes* evidentemente lo si reputa principio essenziale e fondante dell'ordinamento giuridico, sì da necessitare di protezione sempre e comunque, a prescindere dalla volontà e dalle aspirazioni personali dei soggetti privati interessati[20]. L'or-

[17] In tal senso, ad esempio, le sentenze della Corte di Cassazione 15 dicembre 1987, n. 9297; 10 giugno 1987, n. 5051; 22 dicembre 1986, n. 7834; 7 maggio 1986, n. 3064; 9 dicembre 1985, n. 6215; 4 dicembre 1985, n. 6064; 15 novembre 1985, n. 5599; 19 marzo 1985, n. 2025; 21 gennaio 1985, n. 192; 15 ottobre 1984, n. 5166; 17 novembre 1983, n. 6862; 28 gennaio 1983, n. 770; 24 dicembre 1982, n. 7128; 1° ottobre 1982, n. 5026.

[18] Cfr., fra le altre, Cass., 10 novembre 2006, n. 24047; Cass., 7 dicembre 2005, n. 27078; Cass., 16 luglio 2003, n. 11137; Cass., 12 luglio 2002, n. 10143; Cass, 8 gennaio 2001, n. 198; Cass., 16 maggio 2000, n. 6308; Cass., 2 dicembre 1993, n. 11951; Cass., 13 ottobre 1986, n. 5986; Cass., 18 ottobre 1984, n. 5261; Cass., 13 giugno 1984, n. 3535; Cass., 10 maggio 1984, n. 2855; Cass., 3 maggio1984, n. 2688.

[19] Fra le decisioni della Cassazione in tal senso: 11 novembre 2005, n. 21865; 7 dicembre 2005, n. 17078; 28 gennaio 2005, n. 1822; 2 marzo 2001, n. 3056; 28 marzo 2001, n. 4457; 22 ottobre 1999, n. 11863; 19 maggio 1995, n. 5548; 7 maggio 1986, n. 3057; 25 febbraio 1986, n. 1202; 13 gennaio 1987, n. 142; 7 maggio 1986, n. 3057; 25 febbraio 1986, n. 1202; 6 dicembre 1985, n. 6129; 6 dicembre 1985, n. 6128; 12 gennaio 1984, n. 243. Di segno contrario, Cass., 14 novembre 1984, n. 5749, secondo cui la sentenza ecclesiastica di nullità per esclusione unilaterale di un elemento essenziale del matrimonio non manifestata all'altro coniuge contrasta in ogni caso con l'ordine pubblico italiano, restando sottratta alla disponibilità ed all'iniziativa delle parti la relativa incidenza sulla pronuncia di delibazione.

[20] È il caso di ricordare come l'atteggiamento processuale del coniuge convenuto nel giudizio di deli-

dine pubblico è infatti per definizione indisponibile, cioè sottratto all'autonomia privata la quale, per quanto vasta possa essere, non può mai andare contro norme e principi imperativi, posti a garanzia di valori superiori della collettività, che in quanto tali non tollerano deroghe ed eccezioni, neppure su accordo dei soggetti direttamente interessati, i quali evidentemente non possono avere la disponibilità di beni che attengono alla sfera pubblica. Al contrario la Corte di Cassazione, sia in tema di simulazione, sia più in generale in relazione all'operatività della prolungata convivenza, soggetta ad eccezione solo di parte, è giunta a porre l'ordine pubblico nella disponibilità della parte privata.

Né si può trascurare l'ulteriore margine di discrezionalità introdotto dalla giurisprudenza allorché ha operato una rivisitazione della nozione di ordine pubblico nell'ambito del riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniali. Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, a proposito delle differenze esistenti fra la disciplina canonica e quella civile ha al riguardo fatto riferimento ad una incompatibilità assoluta, sussistente «allorché i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui si è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla causa petendi della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia", mentre "l'incompatibilità con l'ordine pubblico interno va qualificata invece "relativa", quando le statuizioni della sentenza ecclesiastica, eventualmente con la integrazione o il concorso di fatti emergenti dal riesame di essa ad opera del giudice della delibazione, pur se si tratti di circostanze ritenute irrilevanti per la decisione canonica, possano fare individuare una fattispecie almeno assimilabile a quelle interne con effetti simili». Sulla base di detta distinzione le Sezioni Unite hanno sancito il principio generale secondo cui «impediscono l'esecutività in Italia della sentenza "ecclesiastica" solo le incompatibilità assolute, potendosi superare quelle relative, per il peculiare rilievo che lo Stato si è impegnato con la Santa Sede a dare a tali pronunce». Il risultato di tali assunti è quello di ostacolare ulteriormente l'ingresso delle pronunce canoniche di nullità, aggiungendo altri elementi di incertezza nella valutazione della conformità delle sentenze all'ordine pubblico laddove elemento discriminante diventa l'apprezzamento della qualifica relativa o assoluta dell'eventuale differenza di disciplina sostanziale nei due ordinamenti.

Appare evidente come le ricordate prese di posizione della giurisprudenza statale, dapprima con l'introduzione dell'elemento della buona fede in materia simulatoria, poi con il riferimento all'incerta distinzione tra incompatibilità assolute e relative, infine con il rilievo attribuito alla prolungata convivenza coniugale, quali elementi idonei ad impedire il riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche, si risolvano in interpretazioni volte a limitare o addirittura precludere il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche. Al riguardo va ricordato che si è passati da un sistema di recezione automatica delle decisioni dei tribunali della Chiesa, nel quale tutte le dichiarazioni di invalidità del vincolo conseguivano inevitabilmente efficacia civile in virtù della trasmissione d'ufficio delle stesse alla Corte d'Appello e del controllo meramente formale alla stessa demandato dall'art. 34 del

bazione possa essere condizionato da fattori esterni, quale il timore di perdere, a seguito del riconoscimento della nullità matrimoniale, le provvidenze economiche eventualmente conseguite in sede di separazione o divorzio, con il risultato di falsare l'accertamento dei requisiti per l'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica, laddove l'accertamento della conformità della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico dovrebbe essere effettuato sulla base dei contenuti della stessa piuttosto che a seconda delle intenzioni delle parti.

Concordato lateranense[21], ad una disciplina che, sulla scorta delle esigenze imposte dalla Costituzione repubblicana, prevede ora un controllo effettivo da parte del giudice statale, introdotto dal Giudice delle leggi e ribadito in sede pattizia. Ma detto controllo va esercitato nei limiti definiti dalle Parti.

Nell'Accordo di Villa Madama lo Stato italiano ha assunto precisi obblighi, impegnandosi in particolare a conferire efficacia civile alle pronunce canoniche di nullità matrimoniale alle condizioni stabilite dall'art. 8.2. Fra tali condizioni figura, in virtù del richiamo alla normativa statale in tema di delibazione, anche il limite dell'ordine pubblico, da intendere tuttavia in maniera restrittiva, come ostacolo al riconoscimento di provvedimenti in contrasto con principi essenziali ed inderogabili del nostro ordinamento, e dunque come limite destinato ad operare in situazioni eccezionali, nelle quali si ravvisi una divergenza inaccettabile fra i contenuti del provvedimento giurisdizionale canonico e regole fondamentali ed imprescindibili per l'ordinamento italiano. Negli intenti delle Parti il riconoscimento delle pronunce canoniche doveva trovare larga e generalizzata applicazione, in quanto l'espresso richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico, contenuto al punto 4 del Protocollo addizionale, è volto a favorire la delibazione delle sentenze ecclesiastiche rispetto al trattamento riservato alle sentenze straniere.

Del resto lo Stato italiano all'atto della stipulazione dell'Accordo di revisione concordataria lo Stato ha assunto l'impegno di recepire i provvedimenti di nullità emanati dai tribunale della Chiesa nella consapevolezza delle differenze esistenti tra la legislazione civile e quella canonica in materia matrimoniale, senza sollevare riserve sul punto ed anzi accettando espressamente al riguardo la specificità dell'ordinamento canonico, accogliendo dunque la prospettiva del riconoscimento della dichiarazione di invalidità del vincolo in ipotesi non perfettamente corrispondenti a quelle previste dalla normativa italiana. Pretendere ora di estendere la portata dell'ordine pubblico, con la conseguenza di ostacolare o addirittura impedire in radice il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, equivale a violare gli impegni assunti dall'Italia in sede pattizia. In tal modo il limite dell'ordine pubblico, che doveva valere in ipotesi eccezionali, come quelle delle nullità pronunciate per impedimenti tipicamente confessionali, finisce al contrario per diventare la regola e la delibazione delle nullità canoniche, anziché costituire la normalità, si trasforma di fatto in eccezione.

La prospettiva adombrata si rivela ancor più censurabile allorché si consideri che gli ostacoli frapposti dalla giurisprudenza all'ingresso delle pronunce canoniche non riguardano i contenuti del provvedimento ecclesiastico, come dovrebbe avvenire in un giudizio di delibazione, ma attengono piuttosto ad elementi e circostanze – la buona fede di una delle parti o la durata della vita coniugale – estranee alla decisione sulla validità del matrimonio se non addirittura, nel caso della convivenza coniugale, successive all'epoca dell'espressione del consenso cui il giudice canonico ha fatto riferimento per la propria valutazione. In tal modo si giunge a conferire rilevanza a fatti e situazioni che dal punto di vista giuridico non hanno in realtà nulla a che vedere con la dichiarazione di nullità del vincolo.

[21] Nell'art. 34 del Concordato lateranense si prevedeva addirittura il riconoscimento dei provvedimenti di dispensa dal matrimonio rato e non consumato. La sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 1982, oltre a limitare l'ingresso delle pronunce di invalidità subordinandolo alla verifica del rispetto del diritto di difesa delle parti nel processo canonico e del mancato contrasto della sentenza di nullità con l'ordine pubblico italiano, ha dichiarato illegittima la previsione del riconoscimento dei provvedimenti di dispensa per in consumazione, facendo leva sulla natura amministrativa anziché giurisdizionale degli stessi. Nell'Accordo di Villa Madama non è più contemplata l'attribuzione di efficacia civile a tali dispense.

D'altra parte risulta davvero singolare che, a fronte del margine di maggiore disponibilità che lo Stato si è impegnato ad utilizzare nei riguardi delle decisioni ecclesiastiche in base alle dichiarazioni contenute al punto 4 del Protocollo addizionale, le menzionate interpretazioni giurisprudenziali conducano ad esercitare nei confronti delle decisioni canoniche un controllo superiore rispetto a quello previsto per le sentenze straniere, per le quali vige ora addirittura il principio del riconoscimento automatico, senza neppure la necessità del vaglio giudiziale e senza dunque l'operatività delle limitazioni che la Cassazione pretende di imporre nei riguardi delle nullità canoniche.

Né a giustificare le prese di posizione della giurisprudenza in senso limitativo al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche vale addurre l'intento, presumibilmente perseguito dalla Corte di Cassazione, di salvaguardare per quanto possibile la posizione del coniuge debole, il quale a seguito dell'attribuzione di efficacia civile all'invalidità ecclesiastica rischierebbe di perdere le provvidenze economiche eventualmente attribuitegli in sede di separazione personale dei coniugi o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il riequilibrio delle diverse conseguenze attualmente derivanti dalla nullità del matrimonio rispetto al divorzio spetta infatti al legislatore e non al giudice, come ha precisato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 329 del 2001[22], mentre la delibazione o meno della pronuncia canonica di nullità matrimoniale, che attiene a questioni di stato ed involge pertanto interessi di natura pubblicistica, non può dipendere dalla volontà e dai desideri di una delle parti, cui invece la Cassazione affida esclusiva legittimazione a sollevare l'eccezione avente ad oggetto la sussistenza della prolungata convivenza coniugale.

MARCO CANONICO

[22] Nella pronuncia ricordata il Giudice delle leggi ha sottolineato che «(…) tanto nell'ipotesi della nullità, quanto in quella del divorzio, è possibile che dal matrimonio sia derivata l'instaurazione fra i coniugi di una consolidata comunione di vita. Ma spetta solo al legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità, e salvo il sindacato di costituzionalità – il potere di modificare il sistema vigente nella prospettiva di un accostamento tra la disciplina della nullità del matrimonio concordatario e quella della cessazione degli effetti civili conseguenti alla sua trascrizione, per effetto di divorzio».

TRIBUNALE DI PERUGIA – 10 gennaio 2014 – Pres. est. Lupo – D.F.E. c. M.D.F.N. e M.P.

Filiazione – Disconoscimento (azione di) – Termini – Natura giuridica – Decorrenza.

In tema di azione di disconoscimento di paternità, esercitata dal figlio ai sensi dell'art. 235, 1°comma, c.c., in caso di adulterio della madre, il termine annuale previsto dall'art. 244, 3° comma, c.c., a pena di decadenza rilevabile d'ufficio, decorre dalla data della scoperta dell'adulterio, da intendersi come acquisizione certa della conoscenza del fatto, il cui apprezzamento è rimesso al giudice del merito e non già come raggiungimento della certezza negativa circa la compatibilità genetica col genitore legittimo (1).

(*Omissis*). Con citazione ritualmente notificata D.F.E. citava dinanzi a questo Tribunale l'ex coniuge M.P. e la figlia M.D.F.N., esponendo: che a seguito del decesso della propria madre L.C. in D.F. avvenuto il 2.1.2008, aveva rinvenuto una lettera con la quale la defunta rivelava il contenuto di una confidenza ricevuta molto tempo prima dalla signora N.A., madre della moglie da cui aveva divorziato M.P. e quindi già suocera dell'attore; che la confidenza aveva ad oggetto una circostanza sempre taciuta all'attore e cioè che la prima figlia, nata dalla M.P. il 28.10.1982, era il frutto di una relazione extraconiugale della M.P. con tale P.C. di Perugia; che sulla base di tale fatto conosciuto solo dopo la morte della propria madre l'attore intendeva agire ai sensi degli artt. 235 e 244 c.c. ai fini del disconoscimento della paternità di M.D.F.N. per adulterio della moglie; che sussisteva il presupposto temporale dovendo il termine di decadenza annuale decorrere dal momento della conoscenza dell'adulterio nella specie intervenuta il dopo il 2.1.2008; che sotto il profilo istruttorio andavano disposti gli accertamenti di natura genetica ed ematologica indipendentemente dalla piena dimostrazione dell'adulterio della moglie.

Ciò esposto l'attore concludeva come riportato in epigrafe.

Si costituiva M.P. deducendo la totale inverosimiglianza, inattendibilità ed irrilevanza probatoria della lettera posta dall'attore a fondamento della domanda di disconoscimento; che le circostanze narrate nella lettera non avrebbero potuto trovare alcuna conferma essendo decedute sia la redattrice C.L. che la presunta confidente N.A.; che in assenza di qualsivoglia prova dell'adulterio, la domanda doveva ritenersi inammissibile come pure le richieste prove di natura genetica ed ematologica aventi un contenuto meramente esplorativo.

Ciò esposto la convenuta concludeva come riportato in epigrafe.

Si costituiva altresì la convenuta M.D.F.N. deducendo l'inammissibilità della domanda di disconoscimento mancando del tutto la prova dell'adulterio della moglie e del concepimento del figlio in conseguenza di quell'adulterio; aggiungeva che quanto narrato nella lettera posta dall'attore a base della domanda di disconoscimento era inverosimile e comunque privo di riscontro stante il decesso di entrambe le interessate.

La causa veniva istruita mediante ammissione di C.T.U. al fine di accertare la compatibilità genetica fra l'attore e la convenuta M.D.F.N.; il C.T.U., tuttavia, restituiva gli atti in suo possesso, atteso che mentre l'attore e la convenuta M.P. si erano resi disponibili ai prelievi del caso, la convenuta M.D.F.N. non si era presentata, donde l'impossibilità di procedere alle indagini peritali.

Venivano altresì escussi i testi indotti dall'attore.

Infine, sulle conclusioni delle parti come specificate in epigrafe, la causa veniva rimessa alla decisione del collegio con assegnazione dei termini *ex* art. 190 c.p.c.

Va preliminarmente rilevata la sussistenza del presupposto temporale richiesto dall'art. 244 c.c. per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità.

Invero, in seguito all'intervento della Corte Costituzionale con sentenza n. 134 del 6.5.1985, nel caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 c.c. il termine annuale dell'azione di disconoscimento decorre dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie.

Nella fattispecie in esame, secondo la prospettazione dell'attore, egli venne a conoscenza della notizia dell'adulterio della moglie dopo il 2 gennaio del 2008 al momento del reperimento fra le carte della madre defunta, C.L., di una lettera avente ad oggetto appunto la notizia dell'adulterio (cfr. deposizione dei testi indotti sul punto dall'attore) mentre la notifica degli atti di citazione porta la data del 20.12.2008 e quindi entro l'anno dalla dedotta scoperta.

In tema di azione di disconoscimento di paternità esercitata dal figlio, ai sensi dell'art. 235, 1° comma, n. 3 c.c., in caso di adulterio della madre, il termine annuale previsto dall'art. 244, 3° comma, c.c., a pena di decadenza rilevabile d'ufficio, decorre dalla data della scoperta dell'adulterio, da intendersi come acquisizione certa della conoscenza del fatto, il cui apprezzamento è rimesso al giudice del merito e non già come raggiungimento della certezza negativa circa la compatibilità genetica col genitore legittimo (cfr. Cass. sez. I, 2.7.2010 n. 15777).

Nel merito si osserva che ai sensi dell'art. 235 c.c. n. 3 può proporsi azione di disconoscimento di paternità del figlio concepito durante il matrimonio nel caso in cui, nel periodo compreso fra il trecentesimo e centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, la moglie abbia commesso adulterio.

In tal caso il marito è ammesso a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre.

Ovviamente incombe a colui che agisce l'onere di provare la sussistenza dei presupposti dell'azione di disconoscimento; nella fattispecie l'adulterio della moglie inteso non come semplice sospetto ma come effettivo incontro sessuale ai fini del concepimento.

A parere del collegio l'attore non ha fornito la prova del dedotto adulterio della convenuta M.P. nel periodo indicato dall'art. 235 c.c.

Infatti il D.F. pone a sostegno della domanda di disconoscimento il contenuto della lettera che si deduce scritta l'11.11.2002 dalla madre dello stesso attore, C.L. (deceduta il 2.1.2008), e in cui quest'ultima narra di aver appreso dalla signora N.A., madre di M.P., che la figlia primogenita dell'attore N. in realtà era figlia di un altro uomo, tale P.C., con il quale la M.P. aveva avuto una relazione extraconiugale.

La C. nella citata lettera narra che nei primi anni ottanta le era capitato più volte di vedere la suocera del figlio Emanuele, N.A.; che costei le aveva confidato di essere rattristata a causa dei cattivi rapporti che aveva con la figlia P. la quale, dopo la nascita della nipotina N., non aveva voluto avere rapporti con lei né le aveva consentito di vedere la piccola; che la A. le aveva confidato inoltre di aver più volte sollecitato e ammonito la figlia P. "di smettere" la relazione che aveva con un certo P.C. di Perugia, amico del marito E.; di aver sconsigliato l'aborto alla figlia P., quando quest'ultima era rimasta incinta di N. in seguito a quella relazione.

Circa la veridicità di quanto narrato nella lettera in esame, manca agli atti qualsivoglia riscontro probatorio da parte delle persone interessate; infatti sia la C. che la A. non potranno mai confermare o negare il contenuto della lettera in

quanto entrambe da tempo decedute; inoltre, nella missiva in esame la scrivente fa un generico riferimento ai primi anni ottanta che certamente non consente di inquadrare con sufficiente margine di esattezza l'epoca del dedotto adulterio.

L'attore non ha provato e neppure chiesto di provare l'adulterio del coniuge attraverso prove testimoniali (avrebbe potuto richiedere la testimonianza dell'uomo che egli indica come il padre biologico) e neppure ha richiesto in proposito l'interrogatorio formale della convenuta P.M..

Quest'ultima nella comparsa di risposta ha dedotto che nel periodo di concepimento della figlia N. ella conviveva sotto lo stesso tetto con il marito E. e ha negato di aver avuto una relazione extraconiugale.

Era dunque onere dell'attore fornire la prova dell'adulterio della moglie nel presumibile periodo di concepimento indicato dall'art. 235 c.c.

Il solo rifiuto della convenuta M.D.F.N. di sottoporsi al prelievo necessario per l'espletamento delle indagini genetiche ed ematologiche, di per sé non è sufficiente per trarre argomenti di prova *ex* art. 116 c.p.c. a sostegno della domanda attrice, in mancanza di altri elementi di prova da porre in correlazione con detto rifiuto e che era onere dell'attore fornire.

La domanda attrice deve pertanto essere rigettata. (*Omissis*).

(1) Presupposti del disconoscimento e interesse del figlio dopo la riforma della filiazione.

1. La sentenza in esame risolve la questione dei termini per la proposizione dell'azione di disconoscimento proposta dal figlio, facendo corretta applicazione dei principi della previgente normativa, che, all'art. 244, 3° comma, c.c., prevedeva il termine di decadenza di un anno dal compimento della maggiore età o dal momento successivo in cui questi era venuto a conoscenza dei fatti posti a fondamento dell'azione.

Infatti, riguardo al regime delle azioni a contenuto esclusivamente negativo[1], nella previgente articolazione codicistica si distingueva nettamente tra filiazione "legittima" e "naturale": l'azione di disconoscimento di cui all'art. 235 c.c. (ora abrogato), diretta a rimuovere gli effetti nascenti dall'applicazione delle presunzioni e delle finzioni di paternità e legittimità, soggiaceva a termini di decadenza diversi per l'impulso del presunto padre, della madre e del figlio, e solo a costoro, ovvero ai rispettivi discendenti ed ascendenti cui l'azione fosse trasmessa *ex* art. 246 c.c., era (ed è ancora) riconosciuta legittimazione attiva. Al contrario, l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità non era esposta a termini, e la relativa legittimazione era (ed è ancora) riconosciuta a qualsiasi interessato[2].

[1] Sulle azioni di stato, oltre alle opere generali sulla filiazione o sulle specifiche tipologie di essa, v. Cicu, *Azione di stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 937 ss.; A. Violante, *I rapporti di filiazione e le azioni di stato*, Napoli, 1983; Cossu, *Paternità (ricerca biologica della)*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995, 287 ss.; Carpi e Graziosi, *Procedimenti in tema di famiglia*, *ivi*, XIV, Torino, 1996, 523 ss.; Sesta, *Azioni di stato legittimo*, in *Enc. giur.*, Roma, agg. 2006; Morozzo della Rocca, *Paternità e maternità (accertamento giudiziale della)*, *ivi*, Roma, 1990 (*Postilla agg.*, 2006).

[2] Cfr. Carusi, *La filiazione fuori dal matrimonio nel diritto italiano (1865-2013)*, in *Rass. dir. civ.*,

Il quadro muta a seguito dell'approvazione del d.lg. n. 154/2013[3]. I novellati artt. 244, 4° comma, e 263, 4° comma, c.c. espongono sia l'azione di disconoscimento della paternità che quella di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ad eguali termini per la proposizione da parte dei legittimati diversi dal figlio. Ciò che cambia è soltanto il *dies a quo* del relativo decorso, che coincide con la nascita per il figlio matrimoniale e con l'annotazione del riconoscimento del figlio non matrimoniale.

Nettamente distinta (ma identica per la filiazione matrimoniale e non) è la posizione del figlio del cui *status* si discute, verso il quale – analogamente a quanto avviene per le azioni a contenuto acquisitivo – non sussistono limitazioni temporali, né riguardo al disconoscimento (art. 244, 5° comma, c.c.), né verso l'impugnazione del riconoscimento inveridico (artt. 263, 2° comma, c.c.). È, dunque, il soggetto del cui diritto fondamentale allo *status* si controverte, attraverso la scelta di promuovere o meno tali azioni, l'arbitro ultimo e definitivo cui l'ordinamento rimette la giuridica rilevanza della verità della generazione. Egli realizza, di tal guisa, il proprio personale e da altri incontestabile (una volta che siano spirati i termini per la proposizione della relativa azione) bilanciamento tra l'interesse al mantenimento di uno *status* inveridico, ma costituito e cristallizzato nella sua esperienza di vita affettiva familiare, e l'accertamento della procreazione ad opera di diverso genitore. Al contempo, la previsione del termine per l'esperibilità dell'altrui azione consente al figlio (fino all'eventuale decisione di promuovere l'accertamento della verità biologica) di dare attuazione al proprio interesse al mantenimento delle relazioni parentali che lo stato inveridico ha generato e che si sono cementate per un considerevole lasso di tempo, consolidandone gli effetti giuridici.

Il figlio, infatti, è l'interprete privilegiato di questo suo interesse, che è principio cardine della rilevanza giuridica della filiazione. È lui che potrà, in qualsiasi tempo, considerare più favorevole la rimozione dello stato (ovviamente se non corrisponde alla verità biologica), ad esempio per ottenere la costituzione di uno diverso nei confronti del vero genitore eventualmente più abbiente o con cui abbia intessuto rapporti affettivi, oppure potrà decidere di mantenerne *sine die* l'efficacia, sebbene non corrisponda alla propria discendenza genetica, ma piuttosto all'affettività e all'esperienza della vita familiare. In questo caso, egli potrà sempre esperire verso il genitore biologico l'azione diretta ad ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, o la domanda degli alimenti in caso di bisogno del maggiorenne *ex* art. 279 c.c., azione che non gli è preclusa nemmeno nella minore età; vanterà, infine, nei confronti dell'eredità di costui i diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c.[4].

Per conto del figlio minore le azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possono essere promosse da un curatore speciale di nomina giudiziale, su stimolo del figlio che abbia compiuto i quattordici anni, ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratti di figlio di età inferiore, e nel suo interesse[5], come si ricava dal principio di

2015, 380 ss., spec. 381.

[3] Sul punto, Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Fam. e dir.*, 2015, 186 ss.

[4] Su tali problemi, da ultimo, Sassi, Scaglione e Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2015, spec. 11 ss. e 263 ss.

[5] Il genitore, spirato il termine quinquennale per l'azione *iure proprio*, mantiene fino al compimento del quattordicesimo anno del figlio, un potere di stimolo, indirizzato al p.m. che è parte esercitando l'azione *ex* art. 69 c.p.c., vertendo l'accertamento su fattispecie connotata da prevalente interesse pubblico, così argomentando, tra le altre, Cass., S.U., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Fam. e dir.*, 2008, 1085, con nota di

cui all'art. 2, 1° comma 1, lett. *f)*, della legge delega, attuato – ancora una volta in termini di assoluta parificazione – dagli artt. 244, 6 ° comma, e 264 c.c.

Il compimento del termine quinquennale che pregiudica, in tal modo, l'azionabilità del diritto del genitore a rimuovere lo *status* inveridico, supera le tesi che vedevano nella veridicità dello *status* l'espressione di un interesse pubblico assoluto, alla pari di quanto ha insegnato, anche nell'applicazione pratica, la disciplina degli artt. 122, 4° comma, e 119, 2° comma, c.c., che dettavano il brevissimo termine mensile per l'annullamento del matrimonio per errore, violenza o interdizione, a tutela della famiglia come istituzione portatrice di interessi superiori a quelli dei suoi componenti[6].

L'interesse avuto di mira dall'ordinamento è, quindi e in ultima istanza, quello del figlio, la cui stabilità affettiva giustifica il mantenimento di uno *status* inveridico ogni volta che lui stesso lo ritenga coincidere con i propri bisogni esistenziali ed affettivi prima che patrimoniali, fermo restando la possibilità di realizzare verso l'autore della procreazione le proprie aspettative di natura economica attraverso la responsabilità per mantenimento (art. 279 c.c.), che traduce in atto l'obbligo di cui all'art. 30, 1° comma, Cost., pur senza costituire quello *status*, che è anche il presupposto della responsabilità genitoriale e della cura del minore e che non a caso è escluso dal dettato della disposizione in commento.

L'innesto della riforma sul sistema del codice realizza così – almeno riguardo ai termini di esperibilità delle azioni a contenuto negativo – l'unificazione degli *status* di figlio matrimoniale e non matrimoniale, estendendo i termini testuali della delega [art. 2, 1° comma, lett. *g)*, l. n. 219/2012], da questa riferiti solo all'impugnazione del riconoscimento, come chiaramente esplicita la relazione della Commissione incaricata di redigere la bozza del decreto delegato: la previsione di un termine per l'esperibilità anche all'azione di disconoscimento si giustifica, infatti, in attuazione del canone di eguaglianza, giacché «intervenendo diversamente si realizzerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori di esso»[7].

2. Legittimato al disconoscimento è anzitutto il figlio.

Le norme che vengono in considerazione sono gli artt. 244, ultimi due commi, e 245, 2° comma, 1° periodo, c.c. Inoltre, l'art. 246, 2° comma, c.c. prevede, in caso di morte del figlio, la trasmissibilità dell'azione al coniuge e ai di lui discendenti.

Il citato art. 244 detta i principi fondamentali dell'accertamento negativo della genitorialità ad opera del figlio, e precisamente: *a)* l'imprescrittibilità dell'azione nei suoi confronti, da cui deriva l'attribuzione allo stesso del potere di scelta tra stato affettivo e stato veridico; *b)* la necessità di adeguata valutazione del suo interesse alla rinunzia all'affettività e allo stato consolidato verso il soggetto che se

---

Tommaseo, *Procedimenti camerali e impugnazioni di Pubblico Ministero: davvero inammissibile il ricorso per cassazione proposto nel caso Englaro?*

[6] Cfr. Ferrando e Querici, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, 67; in giurisprudenza, Cass., 7 febbraio 1972, n. 2633, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1698. Il medesimo interesse alla stabilità dello *status* giuridico e sociale fonda l'apprezzamento, riservato alla pubblica amministrazione, delle ragioni che possono ostare al mutamento del cognome, secondo Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 13 marzo 2013, n. 676, in *leggiditalia.it*.

[7] Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, *Relazione conclusiva*, depositata il 4 marzo 2013, 159.

ne è occupato in maniera continuativa, indipendentemente dalla trasmissione del proprio patrimonio genetico.

Sub a), ai sensi dell'art. 2934 c.c., l'imprescrittibilità, in un'ottica di coerenza sistematica, discende anzitutto dalla natura indisponibile del diritto patrimonialmente neutro a lui solo riconosciuto[8]. Essa è frutto della scelta condivisibile del compilatore di considerare essenzialmente il figlio l'arbitro del proprio *status* giuridico, relegando gli altri interessati ad un ruolo marginale, volto di norma alla rimozione del rapporto filiale entro stringenti limiti di tempo, ovvero ad incidere su di esso nelle specifiche ipotesi della contestazione, concernenti la supposizione di parto, la sostituzione di neonato e l'esercizio dell'anonimato nella matrimonialità. Detta imprescrittibilità trova applicazione in tutti i giudizi, anche se già pendenti alla data di entrata in vigore della nuova normativa, per cui risulta superata la questione decisa dalla sentenza in esame[9].

Sub b), il richiamato art. 244 legittima alla proposizione dell'azione il maggiorenne (5° comma), ma precisa che essa spetta anche ad un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio ultra quattordicenne, ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore, se di età inferiore (6° comma).

La norma, quindi, ai fini della rimozione dello stato inveridico, presume capacità di discernimento in capo al figlio che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età, del resto in applicazione di un principio generale, espresso sia con riferimento all'accertamento di grado intermedio successivo alla nascita (art. 250, 2° comma, c.c.), sia a quello di massimo grado, a prescindere dal contenuto dell'azione proposta, sia esso acquisitivo o privativo (artt. 249, ult. comma, 264 e 273 c.c.).

Esse consentono altresì l'apprezzamento dell'interesse del figlio anche se infra quattordicenne. In questo caso, la valutazione del giudice dev'essere a nostro avviso molto approfondita e ponderata, visto che la rimozione dello stato affettivo assume i caratteri della defintività propri del giudicato di stato, con la conseguenza che esso non potrà più essere oggetto di ripensamento da parte del figlio, una volta acquisita la capacità di discernimento o la maggiore età. In particolare, il richiamo operato dalle norme all'assunzione di sommarie informazioni impone l'approfondimento delle ragioni per le quali l'altro genitore non abbia proposto nei termini egli stesso l'azione privativa e, soprattutto, ove l'età lo consenta, si deve procedere

---

[8] Stefanelli, Status *e modelli procreativi nel sistema attuale*, in Cippitani e Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli* status *di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, 69; in giurisprudenza, Cass., 15 aprile 2005, n. 7924, in *Guida al dir.*, 23/2005, 52.

[9] Cass., 26 giugno 2014, n. 14557, in *leggiditalia.it*, secondo cui: *a)* risulta del tutto evidente un netto *favor* legislativo verso l'applicazione immediata delle nuove norme sulla filiazione relative alle azioni di stato, salvo il giudicato che si sia formato prima del 1° gennaio 2013; *b)* al riguardo, il riferimento espresso al giudicato non può che interpretarsi come comprensivo anche dei giudizi in corso che siano investiti dello *ius superveniens*, così come già verificatosi con l'entrata in vigore della l. n. 151/1975; *c)* non sarebbe coerente con tale evidente *ratio* legislativa della norma transitoria di cui all'art. 104, 7° comma, d.lg. n. 154/2013 – che regola allo stesso modo, con il solo sbarramento del giudicato, anche la vigenza delle nuove norme sostanziali della l. delega n. 219/2012 – l'esclusione del nuovo regime ai giudizi pendenti; *d)* in altri termini, si deve ritenere che l'espressione «fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della l. n. 219 del 2012» stia ad indicare che, in assenza dei predetti effetti, le nuove norme, come individuate dal citato art. 104, si applicano ai giudizi pendenti, ai quali, in modo particolare, si rivolge specularmente la definizione attraverso il giudicato. Sulla base dei predetti principi la S.C. ha cassato la sentenza con rinvio alla Corte territoriale in diversa composizione, per il riesame della posizione del figlio alla luce del nuovo regime di imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento previsto dall'art. 244 c.c. nei suoi confronti.

all'ascolto del minore secondo il canone generale di cui all'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c., tenendo comunque presente che, mentre lo stato affettivo può sempre essere successivamente rimosso dal figlio stesso, una volta accolta la domanda, esso non potrà mai più essere ricostituito come tale, ferma la possibilità di spontaneo adempimento o l'effettuazione in suo favore di atti liberali da parte del precedente genitore affettivo.

3. Quanto al procedimento di nomina del curatore, trattandosi di legittimazione e, quindi, di designazione del rappresentante processuale per la specifica azione (e non di autorizzazione a proporre la domanda al rappresentante già esistente, come nel caso di cui all'art. 273, 1° comma, ult. parte, c.c.), trovano nella fattispecie applicazione gli artt. 78 ss. c.p.c., e la relativa istanza va proposta al Presidente del Tribunale competente a conoscere del disconoscimento o dell'impugnazione del riconoscimento (art. 80 c.p.c.). Tuttavia, nel caso previsto dall'art. 74, l. adozione, la nomina del curatore e la relativa autorizzazione a proporre l'impugnazione spetta al Tribunale per i minorenni.

Analogo procedimento è previsto dalla legge nel caso in cui il figlio sia interdetto o versi in condizioni di abituale infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi. Anche in tale ipotesi, l'art. 245, 2° comma, 1° periodo, c.c. consente la proposizione del disconoscimento ad un curatore speciale, all'uopo nominato su istanza del pubblico ministero, del tutore o dell'altro genitore. Ciò che muta, a nostro avviso, rispetto al figlio infra quattordicenne è l'oggetto dell'indagine del giudice nel procedimento *ex* artt. 78 ss. c.p.c. Infatti, l'assunzione delle sommarie informazioni deve essere qui esclusivamente indirizzata a valutare l'interesse del soggetto debole che non possiede sufficiente capacità di discernimento, né con tutta probabilità potrà acquisirla in seguito, interesse che, ovviamente, differisce a seconda delle condizioni dello stesso. Così si dovranno tenere ben presenti essenzialmente affettività e stabilità economica, che il genitore possa assicurare o meno, oltre ai caratteri della patologia, che potrebbero essere direttamente influenzati dai rapporti esistenti tra il figlio e il genitore stesso (ad esempio, schizzofrenia, anoressia o abulimia e depresione gravi o gravissime, ecc.).

La disposizione non viene attualmente ripetuta riguardo all'impugnazione del riconoscimento. Infatti, mentre il precedente art. 264 c.c. prevedeva espressamente che la nomina del curatore speciale potesse riguardare pure l'interdetto per infermità di mente[10], il testo novellato si riferisce soltanto al minore, come si evince anche dalla nuova rubrica della norma: «Impugnazione da parte del figlio minore». Tuttavia, il richiamo compiuto dell'ult. comma del precedente art. 263 al citato art. 245, consente la nomina del curatore anche a tutela dell'interdetto[11], a patto però di accogliere un'interpretazione sistematica della disposizione, riferendo il rinvio normativo a tutte le fattispecie contemplate nell'art. 263 (e non solo all'ult. comma) e, quindi, anche alla posizione del figlio. Certamente, l'art. 263 c.c., nella sua attua-

[10] La norma, nella precedente formulazione, era del seguente tenore: «*Impugnazione da parte del riconosciuto*. Colui che è stato riconosciuto non può, durante la minore età o lo stato di interdizione per infermità di mente, impugnare il riconoscimento. / Tuttavia, il giudice, con provvedimento in camera di consiglio su istanza del pubblico ministero o del tutore o dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto il figlio o del figlio stesso che abbia compiuto il sedicesimo anno di età, può dare l'autorizzazione per impugnare il riconoscimento, nominando un curatore speciale».

[11] In questo senso Dogliotti, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, 361.

le formulazione, non è un esempio di corretta tecnica legislativa, ma l'estensione del rinvio ivi operato al precedente art. 245 c.c. all'intera previsione contenuta nella norma è l'unica interpretazione possibile per evitare disparità di trattamento e tutelare uniformemente soggetti che si trovano in analoga situazione di debolezza. Naturalmente, nella fattispecie, il rinvio deve considerarsi operante verso il 2° comma, 1° periodo del richiamato art. 245, che, come poco fa ricordato, consente la nomina di un curatore speciale a beneficio del figlio interdetto o che, comunque, versi in condizioni di abituale grave infermità di mente.

4. Come si è accennato l'art. 246, 2° comma, c.c. dispone la trasmissibilità del potere di agire nel caso in cui il figlio muoia prima di aver esercitato l'azione. In essa si prevede che se il figlio titolare dell'azione è morto senza averla promossa sono ammessi ad esercitarla in sua vece il coniuge o i discendenti nel termine di un anno che decorre dalla morte del figlio o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti; si applicano il 6° comma dell'art. 244 e l'art. 245.

La previsione di legge risolve nella sostanza un conflitto tra potenziali coeredi, consentendo al coniuge e ai discendenti del figlio, con il disconoscimento, di escludere dalla successione l'ascendente affettivo, a favore del quale, venendo meno il vincolo di parentela sin dall'origine, non è possibile configurare alcun diritto successorio fondato sul predetto vincolo, né eventualmente attribuirgli la qualità di legittimario.

Infatti, estinguendosi, a seguito dell'accoglimento dell'azione di disconoscimento, il titolo attributivo di grado intermedio con essa contestato e, quindi, il titolo per la partecipazione alla successione rappresentato dalla parentela, anche se l'accertamento privativo avviene dopo l'apertura della successione stessa, la quota del genitore affettivo non può mai essere computata ai fini della determinazione di quelle dei partecipanti e/o della porzione disponibile. Pertanto, non si può parlare di accrescimento nella successione legale e i problemi da esso derivanti rimangono estranei alla fattispecie in esame[12].

[12] Sul punto, si rinvia a Palazzo e Sassi, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, spec. 674 ss., con particolare riferimento al problema delle "quote mobili" nella successione necessaria, problema risolto da Cass., S.U., 12 giugno 2006, n. 13524 e Id., 9 giugno 2006, n. 13429, in *Notariato*, 2006, 670, con nota di Loffredo, *La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o per prescrizione, il diritto di esperire l'azione di riduzione*; in *Guida al dir.*, 36/2006, 62, con nota di M. Leo, *La rinuncia all'azione di riduzione non può essere considerata irrilevante*; in *Corr. giur*., 2006, 1711, con nota di Stefini, *Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all'azione di riduzione*; in *Giur. it.*, 2007, 1116, con nota di Pugliese, *Criteri di calcolo per la quota di legittima*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 736, con nota di De Belvis, *Mancato esercizio dell'azione di riduzione ed espansione della quota di riserva*; in *Giust. civ.*, 2007, I, 2859, con nota di A. e M. Bulgarelli, *Il legittimario c'è ma non si vede*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 211, con nota di C.M. Bianca, *Invariabilità della quota di legittima: il nuovo corso della Cassazione e i suoi riflessi in tema di donazione e legati in conto di legittima*, che concludono per il riferimento alla situazione esistente all'apertura della successione, per l'individuazione e il calcolo della quota di riserva, anche al fine di evitare l'incertezza derivante dalla necessità di attendere, nell'inerzia del legittimario, la scadenza del termine di prescrizione dell'azione di riduzione, decorrente dalla data di accettazione dell'eredità.

Questa posizione, prima della richiamate pronunce delle S.U., era in dottrina assolutamente isolata e sostenuta da Sig. Ferrari, *Accrescimento*, in *Tratt. Rescigno*, 6, 2ª ed., Torino, 1997, 293 ss. In senso critico verso le S.U., cfr. Lor. Balestra, *Il calcolo della quota di riserva spettante al legittimario: le sezioni unite prendono posizione*, in *personaedanno.it*, secondo il quale sarebbe errato, tra l'altro, il presupposto della parificazione tra rinuncia all'azione di riduzione, sua prescrizione e rinuncia all'eredità o prescrizione del

La dottrina, che si è occupata compiutamente di inquadrare sul piano sistematico la fattispecie[13], ha evidenziato come il problema più delicato concerna la natura del potere dei successori: esso presenta caratteri propri e peculiari, e va qualificato di natura sostanziale speciale, essendo condizionato dagli stessi fatti costitutivi, modificativi o estintivi che influenzano il potere del titolare originario. Pertanto, non possono trovare applicazione le norme generali del processo sulla successione (artt. 110 e 111 c.p.c.) e dal richiamo al contenuto dell'art. 246 c.c. deriva, anche nel caso in cui il titolare dell'azione muoia dopo averla promossa, che legittimati a proseguirla sono soltanto i soggetti ivi indicati, e non gli eredi, stante la natura personalissima del diritto azionato[14].

5. Affatto differente è la disciplina dell'accertamento negativo della filiazione riguardo ai legittimati diversi dal figlio, che merita di essere analizzata anche con riguardo all'impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio.

In proposito, si è accennato che l'ultima riforma ha attribuito prevalenza alla stabilità affettiva del rapporto, unificando nella sostanza il regime di decadenza, mentre rimangono diversificati, tra disconoscimento e impugnazione del riconoscimento, i requisiti soggettivi dell'azione, che differiscono sia dal lato attivo che da quello passivo. Se l'azione viene proposta da uno dei genitori indicati nell'atto di nascita formato a seguito dell'accertamento di grado intermedio della matrimonialità, ovvero, al di fuori del matrimonio, dall'autore del riconoscimento o da chiunque vi abbia interesse, l'esercizio è sottoposto ai limiti di tempo indicati dalla legge, proprio per attribuire stabilità al rapporto affettivo, che, spirati i quali, diviene rimovibile soltanto dal figlio.

Le norme che disciplinano le fattispecie sono: nel disconoscimento, gli artt. 244, 1°, 2°, 3° e 4° comma, 245, 1° comma e 2° comma, ult. periodo, e 246, 1° comma, c.c.; nell'impugnazione, gli artt. 263, 3° e 4° comma, 265, 266 e 267, 1°, 2° e 4° comma, c.c. Per entrambi i rimedi la legge prevede due termini: uno di sei mesi o di un anno e l'altro di cinque anni, decorsi i quali la rimozione dello stato fondato sull'affettività da parte dei legittimati diversi dal figlio non può avvenire in nessun caso. La disciplina, sebbene sia sostanzialmente analoga e svolga identica funzione, differisce in taluni aspetti, peraltro marginali, per cui è opportuno, per maggiore chiarezza ed analiticità, trattare le azioni separatamente.

In relazione al disconoscimento, la legge prevede, nell'art. 244, due termini. Il primo varia a seconda che la domanda venga introdotta dalla madre o dal padre, ed è indicato rispettivamente in sei mesi e in un anno. Il secondo è comune ed è fissato in cinque anni dalla nascita, decorsi i quali il disconoscimento non è più esperibile

diritto di accettarla e, soprattutto, non sarebbe fondata l'opinione dottrinale e giurisprudenziale circa la sussistenza delle due categorie di successione legittima e necessaria, di cui si contesta l'appiglio normativo; v. anche A. e M. Bulgarelli, *Il legittimario c'è ma non si vede*, cit., 2859 ss.; M. Leo, *La rinuncia all'azione di riduzione non può essere considerata irrilevante*, cit., 70.

[13] Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, 350 s., ed ivi richiami all'opera di Nicolò, *In tema di trasmissibilità delle azioni di stato*, ora in Id., *Raccolta di scritti minori*, III, Milano, 1993, 800 ss.

[14] Cfr., sulla questione, Cass., 7 agosto 1992, n. 9357, in *Mass. Giur. it.*, 1992, che afferma: l'art. 110 c.p.c., secondo il quale, in caso di morte di una parte, il processo è proseguito dal successore universale o nei suoi confronti, esaurisce i propri effetti nella sfera processuale e non si estende sino alla creazione di una legittimazione sostanziale esclusa dalla specifica disciplina del rapporto in contestazione; consegue che in tema di azione di disconoscimento di paternità si deve escludere *ex* art. 246 c.c., in caso di morte del genitore, la legittimazione di soggetti diversi da ascendenti e discendenti.

da parte di questi soggetti.

Riguardo al primo, il 1° comma prevede che la madre possa proporre il disconoscimento entro sei mesi dalla nascita del figlio o dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza a generare del marito al tempo del concepimento. Viceversa, il marito ha un termine più lungo, di un anno. Il *dies a quo* è rappresentato: *a)* dalla nascita del figlio se egli si trovava al tempo della stessa nel luogo in cui questa è avvenuta, fermo restando che se prova di avere ignorato la propria impotenza di generare o l'adulterio della moglie, il termine decorre dal momento in cui ne ha avuto conoscenza (2° comma)[15]; *b)* dal suo ritorno nel luogo di nascita o nella residenza familiare, se egli ne era lontano, a meno che provi di non aver avuto notizia della nascita nei giorni del predetto ritorno, nel qual caso il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto notizia (3° comma).

Il secondo termine, come detto comune ad entrambi i coniugi, è contemplato nel 4° comma dell'art. 244 c.c., secondo cui «Nei casi previsti dal primo e dal secondo comma l'azione non può essere, comunque, proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita.». Detto termine, in virtù delle norme transitorie di cui all'art. 104, 7° e 9° comma, d.lg. n. 154/2013, opera soltanto per i figli già nati per i quali non sia stata già proposta l'azione di disconoscimento, persistendo altrimenti l'utilizzabilità del regime decadenziale pregresso; in ogni caso, esso comincia a decorrere dal giorno di entrata in vigore del citato d.lg. (7-2-2014)[16].

La previsione dei due termini, uno breve e l'altro più lungo, a seguito delle modifiche apportate dall'ultima riforma, viene attualmente ripetuta per l'impugnazione del riconoscimento, ove, tuttavia, anche quello breve è comune ad entrambi i genitori. Infatti, il 3° comma dell'art. 263 c.c. così statuisce: «L'azione di impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento.».

---

[15] In questo modo il legislatore della riforma ha accolto le indicazioni del giudice delle leggi, che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 244, 2° comma, c.c., precedente formulazione nella parte in cui non disponeva la decorrenza del termine breve, per il disconoscimento proposto da uno dei coniugi, dal giorno in cui il marito fosse venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie ed entrambi dell'impotenza a generare del marito: Corte cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1153, con nota di De Cupis, *Adulterio e decorrenza dell'azione di disconoscimento di paternità*; in *Foro it.*, 1985, I, 2532, con nota di Amatucci, *Disconoscimento per adulterio: effetti della sentenza additiva della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 1985, 738, con nota di V. Carbone, *Il padre può disconoscere il figlio quando sa che non è suo*; in *Arch. civ.*, 1985, 1221; in *Vita notarile*, 1985, 613; in *Giust. civ.*, 1985, I, 2142, con nota di A. Finocchiaro, Adelante, Pedro, con judicio, *ovvero: l'evoluzione della coscienza collettiva e l'incostituzionalità*; Id., 14 maggio 1999, n. 170, in *Guida al dir.*, 21/1999, 88, con nota di M. Finocchiaro, *Il padre può agire per disconoscere i figli quando scopre che non poteva generare*; in *Foro it.*, 2001, I, 1116. Sulla declaratoria di incostituzionalità del successivo art. 245, cfr. Id., 25 novembre 2011, n. 322, in *Giur. cost.*, 2011, I, 4460, con nota di Carleo, *Incapacità formale, incapacità sostanziale ed effettività della tutela costituzionale del diritto all'azione disconoscimento della paternità*; in *Giust. civ.*, 2012, I, 21; in *Corr. giur.*, 2012, 478, con nota di Morozzo della Rocca, *La Consulta e le azioni di stato: una pezza ben cucita su un vestito troppo vecchio*; in *Fam. e dir.*, 2012, 548, con nota di Cilla, *La sospensione del termine per l'azione di disconoscimento della paternità opera anche per l'incapace naturale affetto da «abituale infermità di mente»*; in *Fam., pers. succ.*, 2012, 362, con nota di Venchiarutti, *Esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e incapacità naturale*.

[16] Cass., 26 giugno 2014, n. 14556, in *leggiditalia.it*.

In ogni caso, secondo la disciplina transitoria, contenuta nel 10° comma del citato art. 104, d.lg. n. 154/2013, qualora il riconoscimento sia stato annotato prima della data di entrata in vigore della riforma (7-2-2014), i termini per l'impugnazione decorrono dalla predetta data.

Al termine più lungo di cinque anni soggiace anche l'impugnazione da parte degli altri legittimati diversi dai genitori (art. 263, ult. comma, c.c.).

6. In proposito, la legge estende la legittimazione all'impugnazione – a differenza di quella per violenza o interdizione, consentite dagli artt. 265 ss. al solo autore del riconoscimento ovvero ai suoi eredi, ascendenti e discendenti – a «chiunque vi abbia interesse» (art. 263, 1° comma, c.c.). E la giurisprudenza interpreta la predetta espressione con riferimento ai soli soggetti privati che abbiano un interesse individuale qualificato (concreto, attuale e legittimo) sul piano del diritto sostanziale, di carattere patrimoniale o morale, all'essere o al non essere dello *status*, del rapporto o dell'atto dedotto in giudizio, comprendendo nel relativo novero tanto gli eredi e i parenti di chi risulti genitore, quanto colui che allega di essere il vero genitore[17].

Il novero dei legittimati può ampliarsi con riguardo agli ascendenti dell'altro genitore, ai fratelli, alle sorelle, ed agli altri parenti anche non matrimoniali, per effetto del riconoscimento della parentela c.d. naturale di cui ai novellati artt. 74 e 258, 1° comma, c.c.: costoro, infatti, avrebbero diritto a succedere al figlio, mancando l'altro genitore, *ex* artt. 569 ss. c.c.

Potrebbero, inoltre, avere interesse all'impugnazione del riconoscimento inveridico i fratelli e le sorelle (figli di colui che ha effettuato il riconoscimento), allo scopo di escludere colui che non ne è veramente figlio dalla successione del comune genitore, ovvero di sottrarsi all'obbligazione alimentare *ex* art. 433 c.c., ed analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo al coniuge e agli ascendenti di colui che ha effettuato il riconoscimento, rispetto ai quali la sopravvivenza del figlio importa il concorso o l'esclusione dalla successione per legge.

Del pari, riconosciuta la parentela anche nella filiazione non matrimoniale, gli ascendenti dell'altro ramo genitoriale avrebbero interesse a rimuovere i diritti successori che derivano al genitore che ha riconosciuto inveridicamente il figlio premorto senza lasciare prole nel caso sia defunto anche l'altro genitore, perché a loro soltanto sarebbe devoluto l'asse ereditario ai sensi dell'art. 569 c.c. Uguale interesse avrebbero anche eventuali fratelli unilaterali (figli dell'altro genitore), che succederebbero in mancanza di colui che ha effettuato il riconoscimento inveridico e di altri ascendenti del relativo ramo familiare, *ex* art. 570 c.c. Ma le considerazioni che precedono possono ripetersi con riguardo al concorso di genitori o ascendenti con fratelli e sorelle e alla successione dei parenti entro il sesto grado, di cui agli artt. 571 e 572 c.c.

7. Ciò detto, si pone il problema di individuare la natura giuridica dei due termini contemplati dagli artt. 244 e 263 c.c.

[17] V., almeno, Cass., 16 marzo 1994, n. 2515, in *Mass. Giur. it*., 1994; Id., 18 ottobre 1989, n. 4201, *ivi*, 1989; più di recente, Trib. Bologna, 23 aprile 2007, in *leggiditalia.it*. Tra i soggetti legittimati all'impugnazione non v'è, dunque, il p.m., poiché essa è proponibile soltanto dai soggetti privati che abbiano un interesse individuale sul piano del diritto sostanziale all'essere o al non essere dello *status*, del rapporto, dell'atto dedotto in giudizio: così, Trib. Bari, 13 giugno 2014, *ivi*.

Va subito chiarito che entrambi vanno qualificati di decadenza, giusta la loro funzione di cristallizzare e tutelare la situazione di affettività venutasi a creare a seguito dell'accertamento inveridico, demandando soltanto al figlio il compito di operare un proprio personale bilanciamento tra i diritti ad acquisire lo stato biologico o a mantenere quello affettivo[18].

Essi presentano talune peculiarità dovute ai caratteri del rapporto filiale, del resto perfettamente compatibili con la natura decadenziale, e precisamente: *a)* l'intervenuta decadenza può e dev'essere rilevata d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 2969 c.c., trattandosi di causa di improponibilità dell'azione[19]; *b)* è possibile applicare l'istituto della sospensione, in linea con quanto prevede il precedente art. 2964, ult. periodo, nel caso di interdizione o di abituale infermità di mente della parte interessata alla proposizione dell'azione, *ex* art. 245, 1° comma, c.c. (richiamato dal successivo art. 263)[20].

Posta la natura decadenziale dei termini, è ora necessario procedere a coordinare le previsioni dell'art. 244 c.c. con i successivi artt. 245 e 246. Le norme, sebbene dettate riguardo al disconoscimento, consentono tuttavia un'analisi a tutto tondo sui predetti termini, in virtù del richiamo compiuto dai successivi artt. 263 e 267, riguardanti l'impugnazione del riconoscimento. Di conseguenza, le osservazioni che ci accingiamo a compiere valgono anche per quest'ultima, giusta l'identità dell'impostazione normativa.

L'art. 245 c.c., sebbene sia stato integralmente riformato dal d.lg. n. 154/2013, al 1° comma fa riferimento alla «decorrenza del termine indicato nell'art. 244», il quale ultimo, come detto, prevede viceversa due termini decadenziali. Ci si deve

---

[18] Nonostante, la Relazione illustrativa parli impropriamente di prescrizione. Sulla natura decadenziale dei termini di cui all'art. 244 c.c., precedente formulazione, Palazzo, *La filiazione*, cit., 343 ss.; e ora, riguardo al testo novellato, Rosetti, *Modifica della disciplina del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 52; Garlatti, *La prescrizione nelle azioni di stato*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, spec. 422 ss., la quale, in aggiunta a condivisibili considerazioni di ordine sistematico, sottolinea che l'art. 2, lett. *g)*, l. n. 219/2012 ha attribuito il potere di delega (sebbene esplicitamente soltanto per l'impugnazione del riconoscimento) per prevedere una «limitazione della imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio e con l'introduzione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati». In giurisprudenza l'assunto è pacifico: di recente, v. almeno Cass., 26 giugno 2014, n. 14556, cit.; Id., 30 maggio 2013, n. 13638, *leggiditalia.it*; Id., 2 luglio 2010, n. 15777, in *Fam. e dir.*, 2011, 329, con nota di A. Ricci, *Disconoscimento della paternità e prova dell'adulterio*; Id., 23 ottobre 2008, n. 25623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 478, con nota di B. Checchini, *Decorrenza del termine di decadenza nell'azione di disconoscimento della paternità dopo Corte cost. n. 266/2006: una frenata della Cassazione*; Id., 16 marzo 2007, n. 6302, in *Mass. Giur. it.*, 2007; trattandosi di termine processuale, esso è comunque soggetto alla sospensione feriale: Id., 3 luglio 1999, n. 6874, in *Giur. it.*, 2000, 1393; in *Famiglia e dir.*, 2000, 141, con nota di Vullo, *Sospensione feriale dei termini per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità*. *Contra*, Monateri e Costantini, *La prescrizione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, 59 ss., spec. 61, sul presupposto che la decadenza non può mai applicarsi a termini previsti per l'esperimento di azioni giudiziali, ma ha ad oggetto soltanto atti di esercizio del diritto diversi dall'azione; l'impostazione, però, mal si concilia con la natura indisponibile dei diritti derivanti dai rapporti parentali e con l'interesse generale alla certezza degli *status*, rendendo, tra l'altro, potenzialmente applicabili le previsioni generali in tema di sospensione (art. 2941, nn. 1 e 2, c.c., tra coniugi e tra chi esercita la responsabilità genitoriale e il figlio) e dell'interruzione (art. 2943 c.c.), con la conseguenza di eludere il sistema, fondato sulla stabilità del rapporto filiale, posto a tutela del diritto fondamentale del figlio all'affettività.

[19] V. ancora Garlatti, *La prescrizione nelle azioni di stato*, cit., 423 s.; in giurisprudenza, di recente, Trib. Novara, 15 dicembre 2011, in *leggiditalia.it*.

[20] Cfr. Stefanelli, Status *e modelli procreativi nel sistema attuale*, cit., 69.

pertanto domandare se la sospensione concerna soltanto il termine breve di cui ai primi due commi (sei mesi o un anno), ovvero anche il termine quinquennale di cui al 4° comma della disposizione.

Ragioni di coerenza sistematica impongono a nostro avviso di ritenere che la sospensione vada applicata soltanto al termine breve, contenuto nei primi due commi dell'art. 244 c.c.[21]. Il limite dei cinque anni deve, quindi, essere considerato invalicabile, venendo altrimenti meno il sistema delle azioni di stato, che individua (salvo la contestazione) soltanto nel figlio il soggetto deputato a compiere l'accertamento di grado poziore senza limiti di tempo.

Del resto, una tale scelta deve essere ritenuta del tutto compatibile con il diritto all'azione *ex* art. 24 Cost. degli altri legittimati, poiché detto diritto non risulta più compresso in tempi talmente stretti da limitarne effettivamente l'esercizio[22], e, contemporaneamente, consente di attribuire il giusto peso allo stato di affettività, che certamente non può consolidarsi in tempi brevi. La situazione attuale si pone dunque in linea con i concetti espressi dalla Corte EDU[23], e si presenta ben diversa da quella del precedente art. 244 c.c., che, prevedendo soltanto i termini di sei mesi e un anno, aveva dato luogo agli interventi del giudice delle leggi poco fa ricordati[24].

Infatti, il testo novellato: *a)* attribuisce in via esclusiva al figlio il diritto di rimuovere lo stato inveridico soltanto dopo un congruo e rilevante lasso di tempo (cinque anni), costituendo ciò un'opzione legale del tutto ragionevole, che realizza al contempo il diritto fondamentale del figlio alla stabilità del rapporto affettivo e quello dei genitori alla rimozione dell'accertamento inveridico; *b)* conferma la preclusione all'accertamento senza limiti di tempo da parte dei legittimati diversi dal figlio, che verrebbe nella sostanza meno ove si ritenesse l'applicazione della sospensione *ex* art. 245 c.c. al termine di cinque anni, esponendo quest'ultimo all'incertezza della possibile rimozione dello stato per un tempo indefinito, addirittura

---

[21] In questi termini, Buffone, *Le novità del «decreto filiazione»*, Milano, 2014, 40; Rosetti, *Modifica alla disciplina del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, cit., 51 ss. *Contra*, Sesta, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e dir.*, 2014, 458 s. (poi ripreso da Andreola, *Il principio di verità nella filiazione*, *ivi*, 2015, 92 s.), sui presupposti della lettera della legge e della necessità di assicurare che un'azione personalissima non possa venir meno per il decorso del tempo quando il titolare non sia in grado di esercitarla.

[22] V., in questo senso, la parte motiva di Cass., 26 giugno 2014, n. 14556, cit., ove si afferma: «Coerentemente il nuovo testo dell'art. 244 c.c., come innanzi richiamato, ha, nella parte rilevante in questa sede, armonizzato la lettera della disposizione con la pronuncia della Corte costituzionale, prevedendo che se il marito "prova di aver ignorato (...) l'adulterio della moglie al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza"». Cioè a dire, la Cassazione ritiene soddisfatti i requisiti temporali enunciati dal giudice delle leggi con riferimento esclusivo al termine breve.

[23] Corte EDU, 24 novembre 2005, *Shofman c. Russia*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 188, che afferma: «L'isituzione di un termine per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità può essere giustificata dalla preoccupazione di garantire la certezza giuridica dei rapporti familiari e di proteggere gli interessi dei minori. Peraltro, la previsione di un termine tale da impedire di esercitare un'azione di disconoscimento della paternità a colui che è venuto a sapere solamente un anno dopo la nascita del figlio di non esserne il padre, non è proporzionata agli scopi legittimi perseguiti. Ne consegue che non vi è un bilanciamento tra l'interesse generale alla certezza legale delle relazioni parentali e il diritto del ricorrente a far cadere la presunzione di paternità di fronte all'evidenza dei risultati ematologici». Pertanto, il principio della certezza dello stato basato sull'affettività è per la Corte pienamente legittimo, ed anzi auspicabile, purché non venga eccessivamente compresso quello del genitore alla verità biologica con termini talmente brevi da impedire una sua tutela effettiva, con la conseguenza che il nuovo termine di cui al 4° comma dell'art. 244 c.c. (cinque anni) si pone in linea con i caratteri indicati del giudice.

[24] Corte cost., 6 giugno 1985, n. 134, cit.; Id., 14 maggio 1999, n. 170, cit.

demandando l'opzione ai discendenti o agli ascendenti del genitore, che potrebbero esercitarla dopo la sua morte ai sensi del successivo art. 246 (che, peraltro, fa riferimento al solo art. 244), creando così una palese disparità di trattamento tra figli e tra genitori; *c)* consente sempre al soggetto debole l'esercizio dell'azione tramite il tutore o un curatore speciale, previa autorizzazione del giudice (art. 245, 2° comma, ult. periodo, c.c.), con la conseguenza che il suo diritto al disconoscimento non subisce restrizioni e che la sospensione ha un senso soltanto relativamente a termini brevi (sei mesi o un anno), in presenza dei quali, in caso contrario, non vi sarebbe nemmeno il tempo materiale per la ponderazione degli interessi da parte del giudice deputato a concedere la prescritta autorizzazione.

La soluzione prospettata, del resto, torva conferma nel dato letterale dell'art. 244 c.c. Infatti, sebbene il 4° comma della norma faccia diretto riferimento ai casi previsti dai primi due, non v'è dubbio che il 3° comma concerna sempre il termine di un anno contenuto nel 2° comma, così statuendo: «Se il marito non si trovava nel luogo in cui è nato il figlio il giorno della nascita il termine, di cui al secondo comma, decorre (...)». Consegue che, prevedendosi soltanto una diversa decorrenza del medesimo termine, la decadenza prevista dal 4° comma si riferisce all'intera posizione dei genitori, realizzando così apprezzabilmente e in maniera completa il diritto fondamentale del figlio alla stabilità affettiva.

8. In conclusione dell'analisi relativa alla legittimazione dei soggetti diversi dal figlio, qualche cenno va fatto in merito alla trasmissibilità dell'azione.

Nel disconoscimento, in cui legittimati sono i genitori, la relativa disciplina è contemplata nel 1° comma dell'art. 246 c.c., secondo cui «Se il presunto padre o la madre titolari dell'azione di disconoscimento di paternità sono morti senza averla promossa, ma prima che sia decorso il termine previsto dall'art. 244, sono ammessi ad esercitarla in loro vece i discendenti o gli ascendenti; il nuovo termine decorre dalla morte del presunto padre o della madre, o dalla nascita del figlio se si tratta di figlio postumo o dal raggiungimento della maggiore età da parte di ciascuno dei discendenti.».

Al contrario, nell'impugnazione del riconoscimento l'impostazione è più articolata e si ritrova nell'art. 267 c.c.

Riguardo all'impugnazione per violenza o interdizione giudiziale, consentita soltanto all'autore del riconoscimento, secondo il 1° comma della citata disposizione, la relativa azione si trasmette ai discendenti, agli ascendenti o agli eredi.

Viceversa, al difetto di veridicità sono dedicati i successivi 2° e 4° comma. Il 2° comma riproduce, in relazione all'autore del riconoscimento, quanto prevede il precedente art. 246 in tema di disconoscimento, mentre secondo il 4° comma gli altri interessati, dopo la morte del figlio o dell'autore, mantengono altresì azione, ma si applica il termine decadenza di cinque anni dall'annotazione previsto dall'art. 263, 4° comma, c.c. Ciò significa, come più volte accennato, che lo stato di non matrimonialità conseguente a riconoscimento inveridico resta esposto all'accertamento giudiziale negativo, determinato dall'impulso di soggetti anche estranei alla famiglia nucleare, composta dal figlio, dai suoi genitori (cui vanno aggiunti i parenti stretti, in caso di trasmissione dell'azione), che, viceversa, sono gli unici legittimati a promuovere l'accertamento negativo della matrimonialità, ai sensi dell'art. 243 *bis*, 1° comma, c.c.

Le norme, al pari di quanto si è visto nel precedente paragrafo per il figlio, dirimono nella sostanza, anche in questo caso, un conflitto di natura successoria.

Con il venir meno del rapporto giuridico, il figlio affettivo viene escluso dalle categorie di successibili *ex lege* del genitore defunto, con conseguente vantaggio per gli eredi effettivi. In punto, valgono le considerazioni compiute a proposito della trasmissibilità dell'azione che compete al figlio, trattandosi di analoga posizione processuale.

ANDREA SASSI

TRIBUNALE DI PERUGIA – 7 febbraio 2014 – Est. de Lisio – M.M., L.P. e P.P. c. Banca Popolare di Spoleto.

Successione – Accettazione dell'eredità – Beneficio d'inventario – Effetti – Legittimazione passiva – Sussistenza.

In materia successoria, la dichiarazione di accettazione dell'eredità, con beneficio di inventario, con la quale si separa il patrimonio del defunto e si restringe la responsabilità dell'erede intra vires hereditatis*, si sostanzia in una dichiarazione di volere accettare l'eredità tanto che l'erede beneficiato acquista i diritti caduti nella successione e diventa soggetto passivo delle relative obbligazioni. Egli è dunque legittimato in proprio a resistere ed a contraddire e l'eventuale pronuncia di condanna al pagamento dell'intero debito ereditario va emessa nei suoi confronti, rispondendo lo stesso, nei limiti del valore dei beni che gli siano pervenuti* (1).

(*Omissis*). Gli opponenti chiedono la revoca del decreto ingiuntivo n. 700/2012, emesso il 27 aprile 2012 dal Tribunale di Perugia in favore di Banca Popolare di Spoleto S.p.A. (di seguito BPS), con cui viene ingiunto ai medesimi, in solido tra loro, in qualità di eredi del defunto D.P., giusta accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, il pagamento della somma di Euro 21.693,41, oltre interessi al tasso del 5.548% con decorrenza dal 1° gennaio 2012 al saldo, oltre spese imponibili e spese legali. La somma ingiunta consta nel saldo passivo risultante dall'estratto conto dell'ultimo biennio, del conto corrente acceso da D.P. presso lo sportello BPS di Castiglione del Lago, nonché nella sorte, con relativi interessi, di due titoli Ri.Ba. accreditati salvo buon fine e rimasti insoluti.

Gli opponenti chiedono la revoca, la declaratoria di nullità oppure l'annullamento del provvedimento monitorio, stante l'intervenuta accettazione dell'eredità, da parte dei sig.ri e M., con beneficio d'inventario *ex* art. 484 c.p.c., da cui deriva la distinzione del patrimonio del *de cuius* da quello degli eredi. Gli opponenti sostengono comunque di essersi visti costretti a promuovere l'opposizione, per la regola pacifica in giurisprudenza secondo cui la qualità di erede beneficiato deve essere eccepita dalla parte, a pena di decadenza, nell'eventuale giudizio promosso dal creditore; la sua proposizione in sede esecutiva risulta invero tardiva.

Si costituisce in giudizio con comparsa di risposta del 10 gennaio 2013, l'istituto di credito opposto, deducendo di aver già dato atto in sede monitoria – senza muovere contestazioni al riguardo – della qualità di eredi beneficiati degli opponenti e che comunque controparte può dolersi della propria legittimazione passiva in sede di opposizione all'esecuzione, non già nell'atto di citazione in opposizione *ex* art. 645 c.p.c. Aggiunge quindi che l'opposizione è infondata in quanto gli eredi non negano l'esistenza della propria posizione debitoria, adducendo la mera questione formale dell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario. Insiste pertanto affinché il Giudice conceda la provvisoria esecutività al decreto ingiuntivo n. 700/2012: l'istanza dell'opposta *ex* art. 648 c.p.c. è stata accolta nel corso del giudizio con ordinanza emessa in data 15 gennaio 2013. L'opposta chiede in conclusione l'accertamento della temerarietà della lite introdotta da controparte *ex* art. 96 c.p.c., con consequenziale provvedimento in via equitativa.

La pretesa dell'opposta si è rivelata pienamente fondata in fatto ed in diritto. Gli opponenti hanno tuttavia tempestivamente sollevato in sede di opposizione l'eccezione di accettazione beneficiata dell'eredità, con conseguente necessaria applicazione della disciplina dettata *ex* artt. 484 ss. c.c.

Occorre premettere che non si rinviene nell'atto di citazione in opposizione contestazione alcuna riguardante l'esistenza o l'effettiva consistenza del credito azionato da BPS S.p.A. in sede monitoria, si deve pertanto ritenere completamente fondata sia la pretesa del creditore, che la sua quantificazione, trattandosi di debiti contratti dal defunto D.P. con l'istituto bancario, non estinti per effetto della morte del debitore, né oggetto di specifica contestazione da parte dagli eredi (art. 115 c.p.c.). Peraltro, la pretesa di BPS concernente l'importo di Euro 18.338,36 a titolo di saldo negativo del rapporto di conto corrente – parte consistente della sorte ingiunta – è ulteriormente dimostrata dalla ricognizione contenuta nell'inventario dei beni dell'eredità, redatto in data 8 febbraio 2010, alla presenza degli eredi del *de cuius* e del Funzionario di Cancelleria autorizzato dal Tribunale di Perugia.

Per le predette ragioni e poiché l'opposizione non si fonda su prova scritta e non è apparsa di pronta soluzione, il Tribunale ha ritenuto di dover concedere, nelle more del giudizio, la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, non reputando ragionevole prolungare ed aggravare oltre le documentate pretese creditorie dell'opposta.

Fermo quanto sopra, i sig.ri M.M., L.P. e P.P. hanno tuttavia motivato la propria opposizione al decreto ingiuntivo n. 700/2012, con la necessità e l'onere di eccepire in tale sede, la propria peculiare qualità di eredi beneficiati ai sensi dell'art. 484 c.c., risultando altrimenti preclusa tale eccezione *in executivis*. Hanno addotto peraltro che l'ingiunzione di pagamento nei confronti degli eredi è stata disposta "in solido" e non nei limiti del valore dei beni pervenuti come sancito dall'art. 490 c.c.

Ebbene, così facendo gli opponenti hanno correttamente e tempestivamente sollevato la questione concernente l'accettazione beneficiata, rimarcando la circostanza già allegata da BPS in sede monitoria – l'istituto di credito ha indicato infatti nelle premesse del ricorso che l'acquisto dell'eredità da parte degli opponenti era avvenuta con beneficio d'inventario – ma non esattamente precisata con richiamo all'art. 490, 2° comma, n. 2 c.c. Il provvedimento monitorio non reca infatti l'espressione per cui gli eredi sono tenuti al pagamento dei debiti ereditari ciascuno per la propria quota ed *intra vires hereditatis*, ai sensi e per gli effetti degli artt. 484 - 490, 2° comma, n. 2 c.c.

Peraltro, l'eccezione inerente l'accettazione beneficiata non avrebbe potuto essere sollevata altrettanto efficacemente in sede esecutiva, poiché come evidenziato dalla giurisprudenza in casi analoghi «l'opposizione all'esecuzione, che si sostanzia nella contestazione del diritto della controparte a procedere *in executivis*, può essere fondata solo su fatti i quali, intervenuti successivamente alla formazione del titolo esecutivo, siano idonei ad escluderne la validità ed a paralizzarne l'efficacia» (Cass. Civ., Sez. III, 2 dicembre 1980, n. 6297).

L'interpretazione giurisprudenziale più recente aggiunge peraltro che l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, determinando la limitazione della responsabilità dell'erede per i debiti del *de cuius* entro il valore dei beni a lui pervenuti, debba necessariamente eccepirsi nel giudizio di cognizione promosso dal creditore del defunto – che ad esempio faccia valere per intero la sua pretesa – in modo da contenere quantitativamente l'estensione e gli effetti dell'invocata pronuncia giudiziale; ne consegue che «ove non sia stata proposta la relativa eccezione nel processo di cognizione, la qualità di erede con beneficio d'inventario non è deducibile per la prima volta in sede esecutiva» (Cass. Civ., Sez. III, 16 aprile 2013, n. 9158; Cass. Civ., 15 aprile 1992, n. 4633; Cass. Civ., Sez. III, 25 novembre 1988, n. 6345).

Orbene, nel caso che ci occupa l'importo ingiunto è inferiore al valore dei beni

immobili pervenuti in successione agli eredi P., non essendovi dunque il particolare problema di contenere la pretesa creditoria *intra vires hereditatis*, ma piuttosto l'esigenza formale di fare in modo che l'esecuzione del titolo abbia luogo nel rispetto della disciplina legale sull'accettazione beneficiata dell'eredità.

Del resto la dichiarazione di accettazione con beneficio di inventario – mediante la quale si realizza la separazione del patrimonio del defunto e la restrizione della responsabilità dell'erede *intra vires hereditatis* – è comunque una dichiarazione di volere accettare l'eredità, tanto che l'erede beneficiato acquista i diritti caduti nella successione e diventa soggetto passivo delle relative obbligazioni. Come tale, a differenza del chiamato che ha ancora accettato – che a norma dell'art. 486 c.c. sta in giudizio in rappresentanza dell'eredità – l'erede beneficiato è legittimato in proprio a resistere e a contraddire, tant'è che l'eventuale pronuncia di condanna al pagamento dell'intero debito ereditario va emessa nei suoi confronti, contenendo la responsabilità nei limiti del valore dei beni allo stesso pervenuti, nel caso in cui egli abbia fatto valere il beneficio, proponendo la relativa eccezione (cfr. Cass. Civ., 19 marzo 2007, n. 6488; Cass. Civ., 14 marzo 2003, n. 3791).

Ne consegue la ragionevolezza dell'opposizione limitatamente all'eccezione inerente l'accettazione beneficiata dell'eredità, con le relative conseguenze.

Per quanto sopra il decreto ingiuntivo opposto deve essere confermato dovendosi ritenere che, avendo gli opponenti accettato l'eredità del *de cuius* con beneficio d'inventario, gli stessi debbano essere condannati al pagamento delle somme di cui all'ingiunzione, in proporzione delle rispettive quote ereditarie ed *intra vires hereditatis*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 490, 2° comma, n. 2 c.c.

Per quanto sopra, non appare suscettibile di accoglimento la domanda dell'opposta di risarcimento del danno da lite temeraria. Infatti, vista l'assenza dei requisiti del dolo o della colpa grave con cui l'opponente abbia resistito in giudizio – gli opponenti hanno proposto opposizione solo per far valere la propria qualità di eredi beneficiati – non vi è prova che l'opposta abbia subito un danno dalla vicenda oggetto di giudizio, laddove per giurisprudenza consolidata, la domanda di cui all'art. 96 c.p.c. richiede la prova incombente sulla parte istante sia dell'*an*, che del *quantum debeatur* o che, pur essendo la liquidazione effettuabile d'ufficio, tali elementi siano in concreto desumibili dagli atti di causa (*ex multis*, cfr. Cass., 30 luglio 2010, n. 17902; Cass. Civ., Sez. III, 8 giugno 2007, n. 13395). Tale domanda dell'opposta deve essere pertanto disattesa. (*Omissis*).

(1) Questioni in tema di accettazione beneficiata.

1. Gli opponenti chiedono la revoca del decreto ingiuntivo del 2012 emesso dal Tribunale in favore della Banca, con cui viene ingiunto ai medesimi, quali eredi del defunto Sempronio, giusta accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, il pagamento della somma di Euro 21.693,41, oltre interessi, somma pari al saldo passivo dell'estratto conto dell'ultimo biennio del c/c acceso dal *de cuius*, più la sorte, con relativi interessi, di due titoli accreditati e rimasti insoluti. Gli opponenti chiedono revoca, declaratoria di nullità ovvero annullamento del provvedimento monitorio, stante l'intervenuta accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario *ex* art. 484 c.p.c., da parte di Tizio e Caio. Gli opponenti sostengono come, da par loro, si siano visti costretti a promuovere opposizione stante regola giurisprudenziale in base a cui la qualità di erede beneficiato deve eccepirsi dalla parte, a pena

di decadenza, nell'eventuale giudizio promosso dal creditore: la proposizione in sede esecutiva di quest'ultimo risulta, invero, tardiva. Si costituisce in giudizio l'istituto di credito opposto, deducendo: a) di aver già dato atto in sede monitoria della qualità di eredi beneficiati degli opponenti e che controparte può dolersi, in ogni caso, della propria legittimazione passiva in sede di opposizione all'esecuzione, non già nell'atto di citazione in opposizione *ex* art. 645 c.p.c.; b) che l'opposizione è infondata in quanto gli eredi del *de cuius* non negano l'esistenza della propria posizione debitoria, adducendo la mera questione formale dell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario; c) che, quindi, debba essere concessa provvisoria esecutività al decreto ingiuntivo del 2012. L'istanza dell'istituto di credito opposto, *ex* art. 648 c.p.c., viene accolta *in itinere iudicii* con ordinanza del 2013. Gli opponenti hanno tempestivamente sollevato, in sede di opposizione, l'eccezione di accettazione beneficiata dell'eredità, con conseguente necessaria applicazione della disciplina di cui agli artt. 484 ss. c.c. Non si rinviene tuttavia, nell'atto di citazione in opposizione, alcuna contestazione riguardo ad esistenza od effettiva consistenza del credito azionato dalla Banca in sede monitoria, di talché può ritenersi fondata sia pretesa che quantificazione del creditore, trattandosi di debiti contratti dal *de cuius* con la Banca medesima, non estinti né contestati dagli eredi (art. 115 c.p.c.). La pretesa del creditore, inoltre, è ulteriormente dimostrata dalla ricognizione contenuta nell'inventario dei beni dell'eredità redatto nel 2010 alla presenza degli eredi del *de cuius*. Tuttavia, gli eredi del *de cuius* hanno: a) motivato la propria opposizione al decreto ingiuntivo del 2012 con la necessità e l'onere di eccepire, in tale sede, la propria peculiare qualità di eredi beneficiati ai sensi dell'art. 484 c.c., risultando altrimenti preclusa tale eccezione *in executivis*; b) addotto come l'ingiunzione di pagamento nei confronti degli eredi sia stata disposta "in solido", e non nei limiti del valore dei beni pervenuti, come stabilito *ex* art. 490 c.c. In tal modo, pertanto, gli opponenti hanno correttamente e tempestivamente sollevato la questione concernente l'accettazione beneficiata, rimarcando la circostanza già allegata dalla Banca, in sede monitoria, ma non precisata con richiamo all'art. 490, 2° comma, n. 2 c.c.: il provvedimento monitorio, infatti, non reca l'espressione per cui gli eredi sono tenuti al pagamento dei debiti ereditari ciascuno per la propria quota ed *intra vires hereditatis*, in base a quanto dettato *ex* artt. 484-490, 2° comma, n. 2 c.c. Peraltro, l'eccezione inerente l'accettazione beneficiata non avrebbe potuto essere sollevata altrettanto efficacemente in sede esecutiva, sostanziandosi, l'opposizione all'esecuzione, nella contestazione del diritto della controparte a procedere *in executivis,* e potendo quindi essere fondata solo su fatti che, intervenuti successivamente alla formazione del titolo esecutivo, siano idonei ad escluderne la validità e a paralizzarne l'efficacia. Nella fattispecie, l'importo ingiunto risulta essere inferiore al valore degli immobili pervenuti in successione agli eredi del *de cuius* essendovi, quindi, la sola esigenza di fare in modo che l'esecuzione del titolo abbia luogo nel rispetto della disciplina legale sull'accettazione beneficiata dell'eredità. Il Tribunale, quindi, osservando come la dichiarazione di accettazione con beneficio di inventario sia comunque una dichiarazione di volere accettare l'eredità (con conseguente acquisto, in capo all'erede beneficiato, dei diritti caduti in successione, e della passiva soggettività delle relative obbligazioni), dichiara l'erede beneficiato quale legittimato in proprio a resistere e a contraddire, con contenimento della responsabilità nei limiti del valore dei beni al medesimo pervenuti. Il Tribunale dichiara, pertanto, la ragionevolezza dell'opposizione nei limiti dell'eccezione riguardante l'accettazione beneficiata dell'eredità (avendo gli opponenti proposto opposizione solo al fine di far valere la propria qualità di ere-

di beneficiati), confermando il decreto ingiuntivo opposto dovendosi ritenere che, avendo gli opponenti accettato l'eredità del *de cuius* con beneficio d'inventario, i medesimi debbano essere condannati al pagamento delle somme di cui all'ingiunzione – *ex* art. 490, 2° comma, n. 2 c.c. – proporzionalmente alle rispettive quote ereditarie ed *intra vires hereditatis*.

2. Secondo quanto disposto *ex* art. 459 c.c. l'eredità si acquista a mezzo dell'accettazione, la quale spiega i suoi effetti *ex tunc*, a partire dal momento di apertura della successione: tale retroattività è inderogabile sia dal testatore che dall'erede (artt. 637 e 475 c.c.), ed è conseguente necessario al concetto di successione *in locum et ius defuncti*, riguardo al quale non è ammessa soluzione di continuità[1]. Il nostro ordinamento non ha accolto, quindi, il principio del passaggio automatico (noto come principio della *saisine*), in capo all'erede, del patrimonio del *de cuius*, a differenza di quanto si rinviene negli ordinamenti francese e tedesco[2].

L'accettazione tuttavia non costituisce, necessariamente, condizione per l'acquisto della qualità di erede: come si vedrà meglio in seguito esistono, infatti, particolari ipotesi di acquisto dell'eredità effettuabili in assenza di accettazione (cfr. artt. 485, 527 e 586 c.c.)[3].

Come è noto, l'accettazione del chiamato costituisce l'ultima fase del procedimento successorio, la quale permette di fare irretrattabilmente acquisire la qualità ereditaria: si ricorda, in proposito, il principio *semel heres semper heres*[4], dall'applicazione del quale deriva l'onere, in capo al creditore del *de cuius* che intenda agire in giudizio per il pagamento, di provare l'esistenza, in capo al convenuto, della qualità di erede del debitore originario[5].

L'eredità si accetta in maniera pura e semplice ovvero col beneficio d'inventario (cfr. art. 470, 1° comma c.c.): quest'ultima può essere solo espressa ed è soggetta alle forme di cui all'art. 484 c.c., di talché, ove l'art. 474 c.c. prevede la possibilità di accettare in modo espresso o tacito, si riferisce esclusivamente all'ipotesi di accettazione pura e semplice.

Mentre a seguito di accettazione pura e semplice l'erede subentra nei debiti del *de cuius* rispondendone illimitatamente (quindi, anche con il proprio patrimonio personale), con la beneficiata l'erede risponde – proprio come accade nella fattispecie qui in commento – di debiti e pesi ereditari nei limiti del valore dell'eredità:

---

[1] L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 3ª ed., Bologna-Roma, 1997, 122.

[2] La previsione dell'accettazione costituisce, del resto, una specificazione del principio generale in base al quale può aversi acquisto di diritti solo a fronte del consenso del soggetto interessato: cfr. Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 142; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, in R. Calvo, G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, 171 s.

[3] Cfr. Barbero, *Sulla c.d. accettazione presunta dell'eredità*, in *Foro pad.*, 1950, I, 924; Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, 2ª ed., Milano, 1961, pp. 164 e 187; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, in *Comm. cod. civ. Utet*, 2ª ed., Torino, 1971, 35; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., pp. 122 e 341; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, 3ª ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, 230.

[4] V. Liserre, *L'apertura della successione, la delazione e l'acquisto dell'eredità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, 2ª ed., Torino, 1997, 43.

[5] Cfr. Cass., 6 maggio 2002, n. 6479, in *Arch. civ.*, 2003, 340; conf. Cass., 12 marzo 2003, n. 3696, in *Gius*, 2003, 1630, in *Guida al dir.*, 2003, 20, 94, in *Dir. e giust.*, 2003, 14, 95, in *Arch. civ.*, 2004, 136; Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, in *Mass. Giur. it.*, 1991.

parte della dottrina ha quindi ritenuto come detti tipi negoziali, pur appartenendo entrambi alla categoria generale dei negozi di accettazione o adesione[6], debbano considerarsi tra loro distinti.

Effettuata in maniera espressa ovvero tacita, l'accettazione prescinde dalla specificazione dei singoli beni o rapporti, la cui sorte è regolata esclusivamente dalla legge o dalla volontà del testatore[7].

L'accettazione può anche compiersi a mezzo di rappresentante legale o volontario: *a)* nel primo caso, la legittimazione è data *ex* artt. 320, 3° comma e 374, n. 3 c.c., rispettivamente, al genitore e al tutore, e in entrambe le ipotesi è necessaria, al fine di procedere in nome e per conto dell'incapace, l'autorizzazione del giudice tutelare[8]; *b)* nel secondo caso, l'accettazione dev'essere effettuata - in quanto atto di straordinaria amministrazione - per il tramite di procura speciale[9].

Si dibatte in dottrina se sia ravvisabile, in proposito, l'ipotesi di una *negotiorum gestio*. Pur dovendosi riconoscere efficacia alla ratifica da parte dell'erede pare corretto, in linea con la *ratio* dell'istituto e con la tutela degli interessi coinvolti, allinearsi con la soluzione negativa[10], in quanto: *a)* nell'attività gestoria è solo con la ratifica che si producono *ex* art. 2032 c.c. gli effetti propri del negozio rappresentativo e, quindi, si affranca la predetta attività dal carattere di temporaneità/precarietà che la contraddistingue, carattere che, pur risultando produttivo di determinati effetti giuridici (cfr. artt. 2028, 2030 e 2031 c.c.), è incompatibile con la natura delle attribuzioni successorie, tendenzialmente caratterizzate da stabilità e definitività delle attribuzioni; *b)* solo con la ratifica si concreta l'elemento volitivo richiesto *ex* art. 476 c.c. ai fini dell'accettazione dell'eredità con la conseguenza che, in assenza di questa, l'attività compiuta non può mai essere riferita al delato in quanto erede[11]. L'acquisto dell'eredità deriva quindi dalla ratifica in quanto tale, al pari di ogni altra situazione in cui un soggetto agisce nell'interesse di un altro, senza avere i necessari poteri[12], e in nessun caso può derivare dalla gestione util-

---

[6] V. Donisi, *L'efficacia estensiva dell'accettazione di eredità con beneficio di inventario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 420; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 237, il quale sottolinea che l'erede, in caso di accettazione con beneficio d'inventario, non succede nei debiti.

[7] V. Cass., 6 dicembre 1984, n. 6400, in *Arch. loc.*, 1985, 271.

[8] L'art. 35 l. fall. (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) inoltre attribuisce al curatore fallimentare il potere di effettuare l'accettazione dell'eredità devoluta al fallito, e ciò previa autorizzazione del comitato dei creditori (1° comma) e informativa al giudice delegato, in presenza dei presupposti di cui al 3° comma di detta norma (rilevante entità ed assenza di previa autorizzazione *ex* art. 104-*ter* l. fall.): v. in proposito C. Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. Bonilini*, I, Milano, 2009, 1218; in giurisprudenza v. Cass., 12 agosto 1963, n. 2314, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, c. 541, la quale ha ritenuto efficace anche un'accettazione tacita compiuta dal curatore fallimentare.

[9] Prestipino, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, in *Comm. PEM*, Novara, 1981, 180; G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 184 s.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 243 s.; Id., *La sostituzione nell'attività giuridica del rappresentante legale*, in *Riv. not.*, 1968, 291 ss.

[10] Palazzo, *Le successioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2000, 247; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, in Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 187; Giu. Azzariti, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, 2ª ed., Torino, 1997, 139.

[11] Ciò, in linea con quanto generalmente affermato in giurisprudenza: cfr. da ultimo Cass., 21 ottobre 2011, n. 21902, in *bd44.leggiditalia.it*, secondo la quale, potendosi conseguire la qualità di erede esclusivamente tramite accettazione (espressa o tacita), quest'ultima, per gli effetti che si determinano nella sfera del chiamato deve ricondursi, necessariamente, alla volontà di quest'ultimo.

[12] Sia la giurisprudenza che parte della dottrina ammettono la gestione rappresentativa anche con riferimento a un negozio di disposizione. Quanto alla giurisprudenza, v. Cass., 1° dicembre 1977, n. 5227, in *Mass. Giur. it.*, 1977, la quale ha esplicitamente ammesso che l'accettazione dell'eredità possa avvenire anche attraverso una *negotiorum gestio* concernente i relativi beni purché, tuttavia, intervenga la ratifica

mente iniziata, la quale è essenzialmente finalizzata a tutela e conservazione temporanea e provvisoria di beni che già fanno parte del patrimonio dell'interessato.

Generalmente si esclude, viceversa, che il curatore dell'eredità giacente possa accettare l'eredità in nome e per conto del chiamato, non avendo la rappresentanza di quest'ultimo[13]: certamente, detto potere è in contrasto con la funzione precipua dell'istituto, il quale trova applicazione proprio in assenza di accettazione (cfr. art. 532 c.c.), a tutela della preservazione dei beni relitti e, quindi, degli interessi di determinati soggetti che, a fronte della loro dispersione, incorrerebbero in un pregiudizio (chiamati ulteriori, creditori ereditari, legatari, etc.); si ammette, tuttavia, che il curatore possa accettare le eredità devolute al *de cuius* e da questi non accettate: infatti, l'amministrazione del curatore non si limita alla conservazione statica dei beni, estendendosi invece a quanto necessario ai fini della loro «gestione dinamica», compresi gli atti di straordinaria amministrazione, indipendentemente da ragioni di necessità e urgenza. In ogni caso, l'accettazione deve essere effettuata con beneficio d'inventario, e ciò al fine di non recare pregiudizio agli interessi dell'eredità: trattandosi di atto di straordinaria amministrazione, detta accettazione da parte del curatore necessita, *ex* art. 782 c.p.c., di previa autorizzazione da parte del giudice[14].

Ove importi acquisto dei diritti di cui ai nn. 1, 2 e 4 dell' art. 2643 ovvero liberazione dai medesimi, l'accettazione dell'eredità è soggetta a pubblicità *ex* art. 2648 c.c.[15], la quale, a seconda se si accetti in modo espresso o tacito, viene effettuata: *a)* nel primo caso, mediante trascrizione dell'atto di accettazione contenente la di-

del chiamato *ex* art. 2032 c.c.; ma v. anche Cass., 3 dicembre 1974, n. 3958, in *Foro it.*, 1974, I, c. 889 e Cass., 20 maggio 1969, n. 1773, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 886, e in *Foro it.*, 1969, I, c. 3172, in base a cui l'accettazione (espressa o tacita) di eredità può realizzarsi anche a mezzo di manifestazione di volontà del gestore non dotato di poteri rappresentativi, purché le sue iniziative vengano ratificate dall'erede: ciò in quanto l'atto del *falsus procurator*, pur non essendo autonomamente idoneo ad inserirsi nella sfera giuridica del rappresentato, non è tuttavia privo di rilevanza giuridica, in quanto fa cessare lo stato di inazione che sta a base della prescrizione e determina l'interruzione di questa, ponendo nel nulla il tempo già passato e dando inizio ad un nuovo corso del termine prescrizionale, di talché il termine di prescrizione entro cui l'erede può efficacemente ratificare gli atti compiuti in suo nome ed interesse dal gestore, va calcolato dalla cessazione di tale attività; v. infine Cass., 10 giugno 1954, n. 1933, in *Mass. Giur. it.*, 1954, secondo cui possono ravvisarsi gli estremi dell'accettazione dell'eredità (espressa o *per facta concludentia*) anche in un atto compiuto, nell'interesse del chiamato, da chi non sia stato investito del potere di rappresentanza, e non trattandosi, in tal caso, di nozione tipica di *negotiorum gestio* quale fonte di obbligazione, l'accettazione non può considerarsi avvenuta sino all'intervento della ratifica del chiamato all'eredità.

In dottrina, in senso positivo, Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, 436; G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1977, 256; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 244.

13 Cfr. Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 151; U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, 2ª ed., Milano, 1968-1969, I, 267; Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, II, Milano, 2003, 279; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 245.

14 V. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, III, Milano, 2006, 268 ss.; U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., I, 266; G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 213 s.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 245, nt. 506. Si tratta, in ogni caso, di principio non condiviso all'unanimità: cfr. Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 158 nonché, più di recente, Jannuzzi, Lorefice, *Manuale della volontaria giurisdizione*, 11ª ed., Milano, 2006, 611.

15 Cfr. Pugliatti, *La trascrizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XIV, 2, Milano, ed. 1989 agg. da Giacobbe e La Torre, 329 ss.; di recente, Giu. Azzariti, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 151 s.; Tondo, *Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte*, in *Vita not.*, 2001, 1182 ss.; Caccavale, *La circolazione degli immobili con provenienza successoria e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, in *Familia*, 2002, 1029 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 257 ss.; Ferrario Hercolani, *La trascrizione degli acquisti* mortis causa, in *Tratt. Bonilini*, I, Milano, 2009, 1365 ss.

chiarazione del chiamato all'eredità avente la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente (art. 2648, 2° comma c.c.); *b)* nel secondo caso, mediante trascrizione di sentenza, atto pubblico ovvero scrittura privata autenticata od accertata giudizialmente, ove da uno di essi risulti l'atto che importa accettazione tacita (art. 2648, 3° comma c.c.).

Si è sottolineato in dottrina[16] come funzione ed effetti della trascrizione degli atti *mortis causa* siano differenti rispetto a quelli dei negozi tra vivi. Infatti, la funzione della pubblicità: *a)* nei primi è solo quella di garantire la continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c., dal momento che può esistere un'unica disposizione *mortis causa* attributiva, la quale acquista efficacia all'apertura della successione[17]; *b)* nei secondi è invece deputata, essenzialmente, a risolvere il conflitto d'interessi tra più aventi causa del medesimo diritto. La trascrizione dell'accettazione quindi non consolida, nel conflitto con altri eredi, la posizione del trascrivente, né spiega rilevanza nei rapporti tra erede apparente ed erede vero; tuttavia, l'art. 534 c.c. fa salvi i diritti dei terzi di buona fede acquisiti per effetto di convenzione a titolo oneroso con l'erede apparente, con conseguente rilevanza, solo verso l'acquisto di questi, della trascrizione compiuta dall'erede apparente in suo favore, in assenza della quale non può applicarsi il principio di cui alla norma ultima citata[18].

Può aversi valida accettazione solo nell'ipotesi in cui la delazione sia attuale, e ciò non sempre si verifica all'apertura della successione; vi sono infatti ipotesi in cui la delazione assume caratteri di attualità esclusivamente a fronte di un determinato evento successivo (si pensi, ad esempio, all'avveramento della condizione sospensiva, alla nascita del delato o all'accertamento giudiziale della genitorialità successivo alla morte del *de cuius*) e si prevede, in applicazione di quanto disposto *ex* art. 480 c.c., una decorrenza del termine per l'accettazione diversa dall'apertura della successione.

Al contrario, in altri casi, in cui pure l'acquisto dell'eredità può verificarsi solo in presenza dei presupposti che consentono l'operare di determinati meccanismi legali (come in alcune ipotesi di trasmissione della vocazione[19]) il delato deve, comunque, compiere l'accettazione entro il termine di dieci anni dall'apertura della successione, pena la perdita del diritto[20].

A tal proposito deve farsi riferimento alla distinzione operata in dottrina[21] riguardo ai chiamati successivi, tra «posteriori» ed «ulteriori», in relazione ai quali si

---

16 Cfr. Pollice, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999, 68; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 257.

17 Infatti, anche se il testatore abbia disposto del medesimo diritto, prima a favore di un soggetto e, successivamente, a favore di un altro, è soltanto quest'ultima disposizione ad avere effetto, sussistendo una revoca, quantomeno tacita, della precedente disposizione.

18 V. in proposito Pollice, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, loc. cit.

19 Non vi rientra certamente l'esistenza di due testamenti non contestuali, i quali contengano la designazione di erede a favore di persone diverse: tale fattispecie rientra, infatti, nell'ambito della previsione di cui al 1° comma ed alla prima parte del 2° comma dell'art. 480 c.c.; il diritto di accettare l'eredità per il chiamato con il secondo testamento si prescrive, quindi, nel termine di dieci anni dal momento di apertura della successione: cfr. sul punto Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1472 e in *Giust. civ.*, 1963, I, 1412.

20 Cfr. G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 194 ss.; C. Romeo, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 1204 ss.; La Porta, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995, spec. pp. 233 ss. e 370 ss., secondo il quale anche la semplice aspettativa è da intendersi in termini di situazione giuridica attiva soggetta a prescrizione.

21 Palazzo, *Le successioni*, cit., 276 s.

rileva che: *a)* per entrambi ha pienamente luogo la delazione solo ove si verifichino specifici eventi o situazioni giuridiche posteriori all'apertura della successione; *b)* i chiamati successivi «posteriori» rientrano nella fattispecie di cui al 2° comma dell'art. 480 c.c., di talché il termine prescrizionale per accettare l'eredità decorre da quando la delazione diviene attuale; *c)* i chiamati successivi «ulteriori» sono esclusi da detta fattispecie, di modo che il termine prescrizionale per accettare l'eredità decorre, in ogni caso, dal momento di apertura della successione.

Il trattamento riservato ai chiamati ulteriori rispetto a quelli posteriori si distingue soprattutto alla luce della lettera del 2° comma dell'art. 480 c.c., in base a cui solo in caso di istituzione condizionale la prescrizione del diritto di accettare decorre dal giorno in cui si verifica la condizione, e non da quello di apertura della successione[22]. Dal 3° comma dello stesso articolo inoltre si evince come, *a contrario*, nelle altre ipotesi la prescrizione decennale del diritto di accettazione decorra dal momento di apertura della successione, in maniera analoga a quanto avviene per il primo chiamato[23].

A fronte di quanto riportato nella Relazione al codice civile, la dottrina sostiene come «la decorrenza del termine prescrizionale anche per i chiamati ulteriori» sia giustificata «in vista della facoltà di richiesta di fissazione di un termine», *ex* art. 481 c.c., entro cui il precedente chiamato dichiari se accetta o rinunzia all'eredità, con la sanzione della perdita della delazione in suo favore qualora non si pronunzi (c.d. *actio interrogatoria*)[24]. Detta facoltà, strumentale al diritto di accettazione, costituisce la ragione della deroga eccezionale, per i chiamati ulteriori, alla generale regola dell'art. 2935 c.c.[25]: gli artt. 522 e 523 c.c. confermano, infatti, che i chiamati ulteriori sono delati (potendo in tal modo accettare) solo nell'ipotesi in cui venga a mancare la delazione del chiamato precedente[26].

Fino al momento in cui non vi sia attualità nella loro delazione, quindi, ai chiamati ulteriori non spettano i poteri previsti *ex* art. 460 c.c.: dunque, nelle more, i chiamati ulteriori non sono delati, né titolari delle inerenti situazioni giuridiche, ma il termine prescrizionale del diritto di accettazione decorre anche per loro di talché debbono, in ogni caso, compiere l'accettazione entro dieci anni dall'apertura della successione.

Tuttavia, solo in relazione a determinate ipotesi viene in rilievo la questione della decorrenza del termine per l'accettazione. Detto principio si applica, infatti, solo ad ipotesi di trasmissione legale della vocazione, ove chiamati ulteriori sono

---

[22] Tale norma costituisce diretta esplicazione della regola generale espressa nell'art. 2935 c.c., dal momento che afferma come il diritto di accettare non possa essere fatto valere immediatamente, in assenza di attualità nella delazione: sul punto, G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 162 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 254 s.

[23] Da ciò, la giurisprudenza argomenta per la delazione attuale dei chiamati ulteriori, giacché appare poco comprensibile la prescrizione di un diritto che ancora non esiste: cfr. Cass., 1° settembre 1993, n. 9252, in *Riv. not.*, 1994, 1142; Cass., 22 giugno 1995, n. 7073, in *Foro it.*, 1997, I, c. 271, secondo cui, posto che il termine di prescrizione del diritto di accettare l'eredità decorre dal giorno dell'apertura della successione, ove sussista una pluralità di designati a succedere in ordine successivo si realizza una delazione simultanea a favore dei primi chiamati e dei chiamati in subordine, di talché questi ultimi, in pendenza del termine di accettazione dell'eredità per i primi chiamati, sono legittimati a manifestare un'accettazione (espressa o tacita) dell'eredità con effetti subordinati al venir meno, per rinunzia o prescrizione, del diritto dei designati di grado anteriore; conf. Cass., 13 luglio 2000, n. 9286, in *Riv. not.*, 2001, 479.

[24] G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 168; Giu. Azzariti, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 149 s.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 254 s.

[25] G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 106.

[26] Cfr. Palazzo, *Le successioni*, cit., 252; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 105 s.

i chiamati legittimi nel caso in cui i primi chiamati, legittimi o testamentari, non possono o non vogliono accettare l'eredità: ci si riferisce alla rappresentazione in cui, accanto ai casi di delazione immediata (premorienza e assenza) per i quali *nulla quaestio*, vi sono casi di delazione differita dovuti a indegnità, rinunzia e perdita del diritto del precedente chiamato[27]. La decorrenza del termine prescrizionale dal momento di apertura della successione trova spiegazione, per dette ipotesi di delazione differita, nel principio di certezza dei rapporti giuridici, il quale impone una circoscrizione temporale quanto più definita a situazioni prive di certezza; per sua natura, detta esigenza si rivela estranea al meccanismo condizionale, legato ad un accadimento futuro ed incerto e di cui non si conoscono, pertanto, i tempi di avveramento o di mancata realizzazione.

Il decorso del termine di prescrizione per l'accettazione non pregiudica, comunque, gli interessi del chiamato ulteriore, infatti: *a)* quanto alla indegnità, il problema non sussiste, sia che la si configuri come incapacità a succedere *ipso iure* (il rappresentato subentra all'indegno sin dall'apertura della successione ed è, quindi, un «delato attuale», con i relativi poteri) sia che si ritenga necessario, per la sua operatività, un provvedimento giurisdizionale di esclusione dalla successione (in tal caso, il delato ulteriore dovrebbe manifestare il proprio interesse all'acquisto dell'eredità in luogo dell'indegno intentando la relativa azione o, comunque, ponendosi in condizione di partecipare al giudizio: come avviene per la riduzione per pretermissione, in assenza di detta manifestazione si presume assenza d'interesse, con conseguente perdita della situazione d'incertezza a proprio beneficio); *b)* la rinunzia deve avvenire, d'altra parte, anteriormente alla scadenza del termine prescrizionale decennale per l'accettazione, di talché il delato ulteriore può accettare entro quel termine (per abbreviare i tempi può richiedere, inoltre, la fissazione di un termine *ex* art. 481 c.c.); *c)* riguardo alla perdita del diritto di accettare, infine, ove questa venga a determinarsi a seguito del decorso del termine fissato *ex* art. 481 c.c., il chiamato ulteriore avrà tutto il tempo necessario per accettare, ma se l'accettazione risulti essere, invece, conseguenza del decorso del termine decennale, la legge non tutela il chiamato ulteriore che si sia mostrato, nelle more, privo d'interesse a divenire erede, in quanto si ritiene prevalente l'interesse, generale, alla certezza dei rapporti giuridici.

A questo punto, giova analizzare le ipotesi prospettabili di posteriorità della chiamata, in cui la delazione diviene attuale a seguito di un determinato accadimento futuro ed incerto.

La mancata attualità della delazione trova conferma, oltre che nella formulazione dell'art. 480 c.c., nelle disposizioni di cui agli artt. 475, 2° comma (nullità delle dichiarazioni di accettazione condizionate), 520 (nullità delle dichiarazioni di rinunzia condizionate) e, soprattutto, 642 c.c., nella parte in cui assegna l'amministrazione dei beni ereditari – nel caso d'istituzione sotto condizione sospensiva – ad altri soggetti coinvolti nella successione (sostituti ordinari, coeredi con diritto di accrescimento ed eredi legittimi), escludendo uno dei principali poteri che spettano ad ogni delato attuale, cioè a dire quello derivante *ex* artt. 460 e 486 c.c.[28].

Deve rilevarsi come altra parte della dottrina sostenga, tuttavia, la costante

[27] Al contrario, la sostituzione ordinaria realizza, in ogni caso, un'ipotesi d'istituzione condizionata alla circostanza che il primo chiamato non possa o non voglia accettare l'eredità, così ricadendo nell'ipotesi di cui al 2° comma dell'art. 480 c.c.; in quanto fondato sul precedente acquisto della qualità di successore, l'accrescimento opererà automaticamente, retroagendo al giorno di apertura della successione.

[28] G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 165; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., spec. pp. 27 s. e 102.

esistenza di una delazione immediata, ancorché condizionale, la quale permetterebbe di accettare l'eredità fin dal momento di apertura della successione[29]; tale impostazione trova sostegno normativo soprattutto nell'art. 139 disp.trans. c.c., nella parte in cui si stabilisce che i diritti derivanti da una disposizione testamentaria sotto condizione si trasmettono, entro certi limiti, agli eredi dell'onorato: la trasmissione di tali diritti, tra i quali rientra quello di accettazione, ne presupporrebbe l'attuale titolarità del soggetto istituito sotto condizione sospensiva. In realtà: *a)* anzitutto la norma è stata prevista in considerazione della eliminazione dell'art. 853 c.c. del 1865, il quale dichiarava priva di ogni effetto ogni disposizione testamentaria fatta sotto condizione sospensiva che il beneficiario morisse prima del verificarsi della medesima; *b)* in secondo luogo, non si trasmette l'attuale diritto di accettare, bensì esclusivamente l'«aspettativa di delazione»[30].

Per «aspettativa di delazione» s'intende in sostanza come, in determinate ipotesi, il chiamato non sia titolare dei principali poteri che spettano al soggetto effettivamente ed attualmente delato (accettazione dell'eredità e compimento di atti conservativi del patrimonio ereditario: cfr. art. 460 c.c.), bensì esclusivamente di poteri minori, cioè a dire la richiesta di: *a)* apposizione di sigilli (art. 733, n. 2 c.p.c.) o rimozione dei medesimi (art. 763, 1° comma c.p.c.); *b)* formazione dell'inventario (art. 769 c.p.c.); *c)* fissazione di un termine (art. 481 c.c.); *d)* nomina di un curatore dell'eredità giacente (art. 528, 1° comma c.c.)[31].

Ciò non avviene soltanto in caso di istituzione di erede sotto condizione sospensiva (viceversa, l'istituzione sottoposta a condizione risolutiva ha effetto immediato), ma anche nel caso in cui la disposizione risulti effettuata a favore di nascituro concepito o non concepito[32].

---

29 Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., pp. 58 ss., 198; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 162 ss.

30 G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 165.

31 G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 72.

32 *Contra*, G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 162, i quali ritengono attuale la delazione del nascituro concepito, ancorché gli effetti definitivi siano dilazionati al probabile evento della nascita.

La delazione attuale si avrà al momento della nascita, e prima di tale momento qualsiasi atto di accettazione o di rinunzia all'eredità sarà inefficace in quanto la legge assegna l'amministrazione dei beni ereditari ai soggetti di cui all'art. 642 c.c., e non ai rappresentanti dei nascituri; nonostante nel caso di nascituri concepiti l'amministrazione spetti ai genitori (art. 643, 2° comma c.c.), costoro amministrano secondo le regole che governano la curatela dell'eredità giacente (art. 644 c.c.), e non con i poteri di cui all'art. 460 c.c.: la prescrizione decorre quindi dal momento della nascita: cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 252 ss.

La delazione attuale parimenti si verifica a favore dei figli non matrimoniali, dichiarati tali giudizialmente dopo la morte del genitore, esclusivamente al passaggio in giudicato della sentenza di accertamento del relativo *status*. Pertanto la prescrizione decorre, anche in tal caso, da tale momento: sul punto Cass., 19 ottobre 1993, n. 10333, in *Vita not.*, 1994, 783, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1282, in *Fam. e dir.*, 1994, 160, con nota di Padovini, *La natura del termine per accettare l'eredità*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 918, con nota di Masucci, *Non è ammessa la diseredazione occulta dei legittimari: brevi cenni sull'usucapione «*a domino*»*; ma v. anche, in precedenza, Cass., Sez. un., 16 luglio 1985, n. 4173, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2578, in *Arch. civ.*, 1985, 1233, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1516, con nota di Maggio, *Dichiarazione giudiziale posteriore all'entrata in vigore della legge n. 151 del 1975 e diritto alla successione del genitore naturale*, con la quale si è risolto un contrasto giurisprudenziale in materia; Cass., 12 marzo 1986, n. 1648, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1639 e in *Dir. fam.*, 1986, 535, in base alla quale la prescrizione decennale del diritto di accettare l'eredità, di cui all'art. 480 c.c., per il figlio naturale decorre, in caso di dichiarazione giudiziale del rapporto di filiazione, dalla data di tale dichiarazione, se successiva all'apertura della successione, e non dalla data di quest'ultima dal momento che, pur retroagendo gli effetti della dichiarazione giudiziale di paternità al mo-

Ancora, *ex* art. 5, 2° comma della l. 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni di volontariato prive di personalità giuridica, ove iscritte negli appositi registri regionali o provinciali possono accettare donazioni e, «con beneficio d'inventario, lasciti testamentari, destinando i beni ricevuti e le loro rendite esclusivamente al conseguimento delle finalità previste dagli accordi, dall'atto costitutivo e dallo statuto».

3. Il principio generale secondo cui l'eredità si acquista a mezzo di atto di accettazione (art. 459 c.c.) subisce deroga nelle ipotesi di seguito indicate: *1)* possesso dei beni ereditari (art. 485 c.c.); *2)* sottrazione dei beni ereditari (art. 527 c.c.); *3)* acquisto da parte dello Stato (art. 586 c.c.)[33].

1) ove sia, a qualsiasi titolo, nel possesso di beni ereditari, il chiamato all'eredità deve fare l'inventario entro tre mesi dal momento dell'apertura della successione ovvero dalla notizia della devoluta eredità, e se entro detto termine non sia riuscito a completarlo può ottenere dal giudice del luogo in cui si è aperta la successione una proroga che, salvo gravi circostanze, non deve eccedere i tre mesi (art. 485, 1° comma c.c.), oltre i quali diverrebbe erede puro e semplice (art. 485, 2° comma c.c.). Una volta compiuto l'inventario, il chiamato, ove non abbia ancora fatto la dichiarazione *ex* art. 484 c.c., al fine di deliberare per l'accettazione o la rinunzia all'eredità ha quaranta giorni dal termine di compimento dell'inventario medesimo, trascorsi invano i quali assume la qualità di erede puro e semplice (art. 485, 3° comma c.c.)[34]. Per l'applicazione di detta norma è necessario il possesso mate-

---

mento dell'apertura della successione, il figlio nato fuori del matrimonio versa nell'impossibilità giuridica, e non di mero fatto, di accettare l'eredità del genitore fino a quando tale dichiarazione non sia pronunciata; Cass., 21 marzo 1990, n. 2326, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2182, con nota di Caso, *Limiti incostituzionali alla dichiarazione giudiziale di paternità e decorrenza del termine di prescrizione per l'accettazione dell'eredità*, in *Giust. civ.*, 1990, 1750, con nota di Giu. Azzariti, *In tema di sentenza interpretativa della Corte costituzionale su decorrenza dei termini per l'accettazione ereditaria*, in *Giur. it.*, 1991, c. 82, con nota di Rapone, *Dichiarazione giudiziale di paternità e prescrizione del diritto di accettare l'eredità (le riforme e il diritto transitorio)*. In dottrina, v. Prestipino, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 236.

In proposito si v. inoltre Corte cost., 29 giugno 1983, n. 191, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1749, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2074, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2226, in *Giur. cost.*, 1983, I, 987, la quale, riguardo all'art. 3 Cost., ha dichiarato priva di fondatezza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 480 c.c. quanto alla circostanza che il medesimo, dopo avere stabilito che il diritto di accettare l'eredità si prescrive in dieci anni dall'apertura della successione, prevede due sole eccezioni in cui il termine decorre in un momento successivo, non contemplando espressamente la posizione dei soggetti che siano stati dichiarati figli non matrimoniali del *de cuius* con sentenza passata in giudicato posteriormente al decorso della prescrizione decennale, in quanto il problema dell'individuazione del momento iniziale del decorso del termine deve essere per loro risolto coordinando l'art. 480 con l'art. 2935 c.c., in base a cui la prescrizione decorre dal momento in cui può farsi valere il diritto.

33 G. Perlingieri, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 306 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 250 s.

34 La norma si riferisce al chiamato di primo grado e non al chiamato in subordine, inoltre, pare riferirsi ai chiamati nei confronti dei quali sussiste una delazione attuale, restando pertanto esclusi i chiamati posteriori, cioè sotto condizione sospensiva, ma anche quelli ulteriori, per i quali decorre il termine di prescrizione, ma la cui delazione non è ancora attuale, non spettandogli i poteri previsti dall'art. 460 c.c.: la dottrina (cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 273) ha infatti individuato il presupposto della fattispecie in esame proprio nella tutela dei terzi, dei chiamati successivi e dei creditori, in quanto si garantisce l'integrità del patrimonio ereditario, si consente di raggiungere in tempi brevi certezza in ordine alla destinazione dell'eredità, e si dà valore giuridico al convincimento dei terzi, che, a seguito del prolungarsi del possesso, hanno fondato motivo di ritenere verificata l'attribuzione dei beni e, quindi, l'avvenuta accettazione da parte del chiamato.

Per la giurisprudenza cfr., infine, Cass., 19 marzo 1998, n. 2911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2170, secondo cui l'art. 485 c.c. deve considerarsi applicabile non solo all'ipotesi di accettazione dell'eredità con benefi-

riale o di fatto, intendendo per tale ogni specie di possesso, quale ne sia il titolo giustificativo, rimanendo inclusa anche l'ipotesi di detenzione a titolo di custodia o di affidamento temporaneo[35]; occorre, in ogni caso, una situazione di fatto tale da consentire al chiamato la concreta e piena disponibilità dei beni ereditari[36] non essendo necessario, d'altra parte, il possesso di tutta l'eredità, e potendo rilevare l'eventuale minima entità dei beni posseduti esclusivamente ai fini della consapevolezza della delazione ereditaria[37].

Vi è la questione, inoltre, se il possesso debba perdurare per tutto il periodo concesso per redigere l'inventario (l'abbandono del possesso da parte del chiamato prima del decorso del termine per redigere l'inventario impedirebbe, quindi, l'acquisto *ex* art. 485 c.c.) ovvero sia sufficiente anche un solo giorno (l'abbandono rimarrebbe irrilevante e il chiamato, per evitare l'acquisto, dovrebbe compiere un atto di rinunzia all'eredità). Mentre la dottrina propende per la necessità del perdurare del possesso per tutta la durata del termine previsto dall'art. 485 c.c.[38], in giurisprudenza è stato affermato[39], più correttamente, come detta norma (così come, del resto, gli artt. 959 e 960 cod. civ. 1865) conferisca rilevanza non alla durata del possesso bensì, esclusivamente, alla sua sussistenza: *ratio* di tale normativa è, infatti, quella di eliminare uno stato di incertezza, e rapidamente risolvere la situazione giuridica venutasi a creare con la morte del titolare dei beni imponendo, al chiamato che ne ha il possesso, di definire la propria posizione in un termine breve.

I tre mesi per la redazione dell'inventario decorrono dal momento della conoscenza della delazione ereditaria, che coincide con il momento: *a)* di apertura della successione, se il chiamato è già in possesso dei beni ereditari; *b)* di acquisizione del possesso dei beni ereditari; *c)* in cui il chiamato diviene consapevole della natura ereditaria dei beni[40].

Si dibatte se, nel caso del possesso dei beni ereditari, l'acquisto dell'eredità si

---

cio d'inventario, bensì in tutte le ipotesi in cui il chiamato sia nel possesso dei beni ereditari al momento dell'apertura della successione.

[35] Cfr. Cass., 22 giugno 1995, n. 7076, in *Mass. Giur. it.*, 1995, in base alla quale la situazione di possesso, a qualsiasi titolo, di beni ereditari da parte del chiamato, quale prevista *ex* art. 485 c.c., richiede una mera relazione materiale tra i beni e il chiamato all'eredità, cioè a dire una situazione di fatto la quale consenta il concreto esercizio di poteri sui beni medesimi, accertata la quale incombe sul chiamato, nel caso in cui voglia sottrarsi alle conseguenze del citato art. 485, l'onere di provare che, per un qualsiasi eccezionale evento, vi sia stata la materiale impossibilità di esercitare il possesso dei beni riguardo ai quali si configuri la situazione anzidetta; conf. Cass., 14 maggio 1994, n. 4707, *ivi*, 1994; v. infine, più di recente, Cass., 5 maggio 2008, n. 11018, in *Vita not.*, 2008, 959.

[36] V. App. Venezia, 26 agosto 1981, in *Foro it.*, 1982, I, c. 540.

[37] Cfr. Cass., 14 maggio 1994, n. 4707, cit. (conf. Cass., 5 giugno 1979, n. 3175, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 510). In dottrina v., in tal senso, L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 337, il quale sottolinea come il legislatore parli in termini di possesso «di» beni ereditari e non «dei» beni ereditari.

[38] G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 306 s.

[39] V. Cass., 24 febbraio 1984, n. 1317, in *Mass. Giur. it.*, 1984.

[40] Il possesso di fatto o reale deve essere, infatti, accompagnato dall'elemento soggettivo della consapevolezza dell'appartenenza dei beni al compendio ereditario: cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 274; e, in precedenza, G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 308; in giurisprudenza, v. Cass., 5 aprile 1977, n. 1301, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce «Successione ereditaria», n. 38, e Cass., 12 marzo 1973, n. 683, *ivi*, 1973, voce «Successione (imposta)», nn. 53-55.

Come rilevato in giurisprudenza, inoltre, l'onere della prova dell'esistenza in capo al chiamato del possesso di uno o più beni ereditari incombe, in ogni caso, su colui che lo deduce: Cass., 22 marzo 1999, n. 2663, in *Riv. notariato*, 1999, 1538, con nota di Barbagallo e Basso, *Gli atti che importano accettazione dell'eredità*.

realizzi in forza di atto di accettazione (tacita, presunta o *ex lege*[41]), ovvero a prescindere dall'accettazione (quindi, in maniera automatica[42]): chi scrive propende per la seconda impostazione in quanto, come già correttamente osservato da parte della dottrina[43], la norma prescinde non solo dall'elemento volitivo (salva la consapevolezza che si tratti di bene ereditario), bensì anche dal compimento di attività presupponenti la qualità di erede; mancando, quindi, gli elementi costitutivi dell'accettazione (espressa o tacita), l'acquisto deve intendersi come conseguenza di un mancato comportamento *ex lege* imposto a tutela di terzi, chiamati successivi e creditori.

In caso di domanda volta a far valere un proprio diritto di credito sul patrimonio del *de cuius*, il soggetto che deduce l'avvenuto acquisto dell'eredità da parte di un chiamato, quale erede *ope legis* in base all'art. 485 c.c., ha l'onere di provare il possesso dell'eredità da parte del chiamato medesimo[44], cioè a dire l'esistenza, in capo al convenuto, della qualità di erede del debitore originario.

2) ai sensi dell'art. 527 c.c., i chiamati all'eredità che hanno sottratto o nascosto beni spettanti all'eredità medesima decadono dalla facoltà di rinunziarvi e, nonostante la loro rinunzia, si considerano eredi puri e semplici: anche in questo caso si realizza, quindi, un acquisto automatico della qualità di erede.

In proposito, è stato posto in dubbio se: *a)* detta norma costituisca sanzione per un comportamento illecito[45]; *b)* sia ravvisabile, nel comportamento del chiamato, un'ipotesi di accettazione tacita dell'eredità[46]; *c)* l'acquisto automatico sia posto a garanzia dei creditori del *de cuius*, ai quali non si potrebbe opporre un esonero da responsabilità attraverso il beneficio d'inventario o la rinunzia[47]. In realtà, il principio alla base di tale fattispecie è analogo a quello sotteso all'art. 485 c.c., cioè a dire la tutela degli interessi di tutti i soggetti - anche solo potenzialmente - coinvolti nella successione, cioè a dire terzi, chiamati successivi e creditori.

In giurisprudenza è stato affermato come l'art. 527 debba intendersi applicabile

---

41 Cfr., nel senso dell'accettazione tacita, U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., II, 142 e, per quella *ex lege*, Giu. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 105; C.M. Bianca, *Diritto civile*. 2. *La famiglia. Le successioni*, 4ª ed., Milano, 2005, 537. In giurisprudenza v., per l'accettazione presunta, Cass., 15 maggio 1978, n. 2359, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce «Successione ereditaria», n. 27, e Cass., 3 febbraio 1993, n. 1325, in *Mass. Giur. it.*, 1993; quanto all'accettazione *ex lege*, Cass., 12 marzo 2003, n. 3696, cit., in base a cui questa si determina a seguito dell'apertura della successione, della delazione, del possesso dei beni e della mancata tempestiva redazione dell'inventario (conf. Cass., 13 maggio 1976, n. 1692, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Successione ereditaria», n. 42, nonché Cass., 30 luglio 1984, n. 4520, in *Inform. e prev.*, 1985, 838).

42 Sul punto, Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 182; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 341; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 251; Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., pp. 239 e 265. In giurisprudenza, v. Cass., 17 giugno 1971, n. 1850, in *Foro it.*, 1971, I, c. 548.

43 V. G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 303 s.; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 224; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 273; Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 265; Palazzo, Sassi, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, 730.

44 Cfr. Cass., 30 luglio 1984, n. 4520, cit., ma anche Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, cit., la quale ha inoltre escluso la possibilità d'invocare, al riguardo, presunzioni di sorta.

45 Cfr. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 456; F.S. Azzariti, Martinez, Giu. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 7ª ed., Padova, 1979, 82; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., 245.

46 V. L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, 137; *contra*, Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 187.

47 Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 239.

non solo nei confronti del chiamato che abbia commesso sottrazione od occultamento anteriormente all'eventuale rinunzia all'eredità, ma anche nei confronti del chiamato che abbia posto in essere tali atti in un momento successivo, purché il diritto di accettare l'eredità non sia prescritto, e questa non sia stata accettata da altri chiamati[48]. D'altra parte non rileva che, al momento della sottrazione o dell'occultamento, il chiamato si trovi o meno in possesso dei beni ereditari[49].

La fattispecie in esame presuppone: *a)* la volontarietà dell'atto, cioè a dire il compimento della descritta attività di sottrazione od occultamento dei beni ereditari al fine di rendere impossibile il soddisfacimento di coloro che possono vantare diritti sui beni ereditari[50]; *b)* la consapevolezza in capo al chiamato dell'appartenenza, dei beni sottratti o nascosti, all'eredità a sé delata[51].

3) l'art. 586 c.c. stabilisce infine che, in mancanza di altri successibili, l'eredità debba essere devoluta allo Stato (indicato quale successibile *ex* art. 565 c.c.), di talché si avrà: *a)* acquisto del diritto senza bisogno di accettazione; *b)* impossibilità di farsi luogo a rinunzia; *c)* pagamento di debiti ereditari e legati non oltre il valore dei beni acquistati.

4. Al fine di esercitare il diritto di accettazione sono previsti due termini, uno di prescrizione decennale (cfr. art. 480 c.c.) e uno di decadenza (cfr. art. 481 c.c.) [52], nel qual caso è prevista la c.d. *actio interrogatoria* in base a cui chiunque abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria di fissare un termine entro cui il chiamato possa effettuare la dichiarazione di accettazione o rinunzia.

Nonostante parte della dottrina vi ravvisi una decadenza[53], quello di cui all'art. 480 c.c. è generalmente considerato termine prescrizionale, e ciò sia in base al dato

---

[48] Cfr. Cass., 6 dicembre 1984, n. 6412, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1974, con nota di Perego, *Rinuncia all'eredità e sottrazione di beni da parte del chiamato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 458, con nota di Selvaggi, *Rinunzia all'eredità*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 290, con nota di Cuffaro, *Rinuncia e accettazione dell'eredità: considerazioni sul disposto dell'art. 527 c.c*. L'art. 527 c.c. (in base al quale i chiamati all'eredità, che hanno sottratto o nascosto i beni a questa spettanti, decadono dalla facoltà di rinunziarvi e si considerano eredi puri e semplici, nonostante la loro rinunzia) è applicabile non solo nei confronti del chiamato il quale abbia commesso gli atti di sottrazione o di nascondimento prima della rinunzia all'eredità, bensì anche nei confronti del chiamato che abbia posto in essere detti atti in un momento successivo, purché il diritto di accettare l'eredità non risulti prescritto, e questa non sia stata accettata da altri chiamati.

V., in dottrina, L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 135, il quale invece sostiene, esclusivamente, come sottrazione od occultamento debbano avvenire dopo l'apertura della successione e prima dell'eventuale rinunzia.

[49] L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, loc. cit.; Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, loc. cit.; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., 245.

[50] V. Cass., 28 novembre 1958, n. 3811, in *Mass. Giur. it.*, 1958; per la giurisprudenza di merito, App. Roma, 16 ottobre 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, voce «Successioni in genere», n. 40.

[51] Cfr. L. Coviello jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, Bari, 1962, 494; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., 135; G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 313.

[52] Tale distinzione è chiara già nella giurisprudenza di legittimità più risalente: cfr. Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, cit., secondo la quale, a differenza del termine decadenziale che il giudice fissa per l'accettazione dell'eredità nell'ipotesi dell'art. 481 c.c., quello entro cui il diritto di accettare l'eredità si estingue per mancato esercizio deve ritenersi un termine di prescrizione, come, del resto, espressamente dichiarato *ex lege*. Sul punto anche Cass., 12 giugno 1974, n. 2091, cit.

[53] Cfr. L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 304 e Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 168, i quali sostengono come il mancato acquisto dell'eredità sia conseguenza del mancato esercizio del potere di accettarla entro il termine prescritto.

letterale, sia in quanto esso comporta la perdita di un diritto, ancorché potestativo, a fronte della inerzia del titolare[54]. Anche se la giurisprudenza generalmente ammette l'applicabilità delle norme in tema d'interruzione della prescrizione (cfr. artt. 2943 ss. c.c.)[55], l'orientamento prevalente in dottrina propende per l'inapplicabilità delle citate disposizioni, tenuto conto che l'esercizio del diritto determina, in tale fattispecie, la consumazione del diritto medesimo e, pertanto, l'accettazione dell'eredità[56]. Dal momento che l'accettazione si ritiene tardiva nella sua totalità, ove uno degli interessati sollevi valida eccezione di prescrizione dell'accettazione, questa deve considerarsi operante anche con riferimento ad altri interessati, anche ove questi abbiano rinunziato[57].

La prescrizione decennale decorre generalmente dal momento di apertura della successione (cfr. art. 480, 2° comma c.c.).

È controverso se il testatore possa o meno prevedere un termine diverso entro il quale sia consentito accettare: mentre taluni propendono per la possibilità di apporre un termine di decadenza più breve[58], chi scrive ritiene maggiormente corretta quella impostazione che, a fronte del presupposto della indisponibilità della delazione ovvero della immodificabilità del regime legale della prescrizione, propende per negare detta possibilità[59].

---

[54] Cfr. L. Coviello jr., *Il termine «*ex voluntate testatoris*» per l'accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 384 s.; Id., *Diritto successorio*, cit., 459; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 381; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., 938; Piras, *La successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*, in *Tratt. Grosso-Santoro-Passarelli*, Milano, 1965, 105; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., 125; G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 143; F.S. Azzariti, Martinez, Giu. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 84; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 252 s.; Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 240 s.

In giurisprudenza, Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, cit.; Cass., 12 luglio 1974, n. 2091, cit.; Cass., 17 febbraio 1976, n. 522, in *Mass. Giur. it.*, 1976; Cass., 14 marzo 1977, n. 1017, in *Arch. civ.*, 1977, 679; Cass., 9 aprile 1980, n. 2290, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1329; Cass., 15 gennaio 1996, n. 263, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1667, con nota di Di Mauro, *Effetti della rinuncia tacita alla prescrizione del diritto di accettare l'eredità*.

[55] Sul punto, Cass., 1° giugno 1993, n. 6099, in *Mass. Giur. it.*, 1993. Sotto il profilo probatorio cfr., inoltre, Cass., 6 magio 1968, n. 1392, *ivi*, 1968, secondo cui, nel caso in cui il rilascio di una procura per procedere a divisione di eredità comprendente anche beni immobili sia dedotto come atto interruttivo della prescrizione del diritto di accettare l'eredità, la prova di tale rilascio, risolvendosi (per quanto attiene all'effetto dell'accettazione tacita dell'eredità) nella prova di un fatto semplice, può, senza alcuna limitazione, essere data con ogni mezzo.

[56] V. Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 169; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., 127; G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 143; Saporito, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 249; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 306; *contra*, Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 382.

[57] V. in proposito Cass., 26 giugno 1987, n. 5633, cit., secondo cui la posizione del chiamato che accetta l'eredità si concreta in una situazione soggettiva avente carattere essenzialmente unitario ed inscindibile, non potendo l'accettazione essere operativa se non nei confronti di tutti gli interessati, di talché, sollevata validamente l'eccezione di prescrizione dell'accettazione dell'eredità da parte di uno degli interessati, tale eccezione non potrà considerarsi operante solo riguardo a quest'ultimo ed inoperante riguardo ad altri interessati, e ciò ancorché vi abbiano rinunziato. L'accettazione, tardiva nella sua totalità, sarà pertanto inidonea a fare acquistare l'eredità al chiamato.

[58] Cfr. L. Coviello jr., *Il termine* ex voluntate testatoris *per l'accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 383; Franceschelli, *Autonomia privata e termine* ex voluntate testatoris *per l'accettazione dell'eredità*, in *Giur. it.*, 1960, IV, c. 155 ss. V. inoltre, più di recente, Ieva, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, 169 s.; Ferrario Hercolani, *I termini di decadenza di previsione testamentaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 346 ss.

[59] V. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., 937; G. Grosso, Burdese, *Le*

È invece rinvenibile un diverso termine di decorrenza nel caso in cui la delazione risulti essere sottoposta a condizione sospensiva: il *dies a quo* viene computato, quindi, dal momento in cui la condizione risulti verificata, e in caso di mancato avveramento della medesima il termine decorre, per i soggetti chiamati in luogo dell'istituito, dal momento in cui la condizione è mancata[60]; la norma è inoltre applicabile, per via analogica, a coloro che sono chiamati all'avveramento della condizione risolutiva apposta alla prima delazione[61].

Nel caso in cui vi sia stata accettazione da parte di precedenti chiamati e il loro acquisto ereditario sia successivamente venuto meno il termine non corre, in ogni caso, per i chiamati ulteriori (cfr. art. 480, 3° comma c.c.): ciò, sia a fronte del principio di certezza delle situazioni giuridiche, sia del fatto che ai chiamati ulteriori – i quali vengono alla successione quando i primi delati non possono o non vogliono accettare – è accordata la possibilità di esperire l'*actio interrogatoria* di cui all'art. 481 c.c. Come già accennato, infatti, *ex* art. 481 c.c. chiunque vi abbia interesse può domandare all'autorità giudiziaria di fissare un termine di decadenza[62] entro cui il chiamato può accettare o meno l'eredità (c.d. *actio interrogatoria*), trascorso invano il quale, il chiamato perde il diritto di accettare: la *ratio* della norma è rinvenibile sia nel principio di certezza delle situazioni giuridiche, che nell'esigenza di tutelare i chiamati in subordine dal pregiudizio che possono subire a causa dell'inerzia del primo chiamato.

Quanto alla proposizione dell'azione: *a)* la legittimazione attiva è rinvenibile in capo ai chiamati ulteriori o in subordine ai legatari, ai creditori del chiamato, ai creditori ereditari, all'esecutore testamentario, al curatore dell'eredità giacente, all'Ufficio del registro competente a ricevere la dichiarazione di successione[63], ma non al giudice d'ufficio[64]; *b)* la legittimazione passiva è rinvenibile in capo a qual-

successioni. Parte generale, cit., 143; Giu. Azzariti, *L'accettazione dell'eredità*, cit., 151, nt. 12; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 315; Palazzo, Sassi, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 751. In giurisprudenza, cfr. Cass., 9 aprile 1980, n. 2290, cit.

60 G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 166; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 311; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, cit., 247.

61 Cfr. L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 311; Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 55; in senso contrario, G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 163, i quali ritengono che l'ipotesi *de quo* ricada nella previsione del 3° comma dell'art. 480 c.c.

62 Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, 2ª ed., Torino, 1950, 143; G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 144; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 316; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 256 s.; Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 243 ss. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, cit.

Inoltre, come sottolineato da Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., 130, costituendo il difetto di accettazione nel termine un'ipotesi di decadenza e non di rinunzia non è suscettibile, in quanto tale, di revoca o annullamento.

63 Cfr. art. 36, 4° comma del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

64 In ordine a tali aspetti v. G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 145; Prestipino, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 240; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 317 s.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 256; Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 243. In giurisprudenza, v. Cass., 5 maggio 1967, n. 880, in *Mass. Giur. it.*, 1967, secondo la quale il giudice, in mancanza d'iniziativa di parte interessata, non può disporre d'ufficio l'integrazione del contraddittorio, con la chiamata in causa dei prossimi parenti del *de cuius*, al fine di consentire alla parte medesima di avvalersi della facoltà di chiedere la fissazione di un termine entro cui essi dovrebbero accettare, ovvero rinunziare, all'eredità.

siasi chiamato[65] – sia pure persona giuridica ovvero incapace[66] –, ma anche a chi abbia effettuato una dichiarazione di rinunzia all'eredità che sia risultata nulla[67].

Ancora, ove il chiamato non possessore abbia effettuato l'inventario non preceduto da dichiarazione di accettazione, quest'ultima deve essere fatta, *ex* art. 487, 3° comma c.c., nei quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario, altrimenti il chiamato perde il diritto di accettare l'eredità: si tratta, pertanto, di un'altra ipotesi di decadenza in base a cui, ove sia omessa la dichiarazione, si ha la perdita del diritto di accettare l'eredità molto prima della scadenza del termine prescrizionale[68].

5. La sentenza in commento costituisce un importante spunto di riflessione in materia di accettazione di eredità con beneficio d'inventario.

Come già si è avuto modo di sottolineare, in caso di accettazione di eredità con beneficio d'inventario la destinazione dei beni ereditari durante la fase beneficiata ha il mero scopo di conservare l'entità patrimoniale dei beni ereditari in vista del soddisfacimento di creditori e legatari del *de cuius*[69]. È normativamente richiesta, per evitare che gli atti posti in essere dall'erede beneficiato siano di pregiudizio agli interessi dei creditori dell'asse ereditario, una previa valutazione *ex iudice* per il compimento di ogni atto di straordinaria amministrazione finalizzato alla conservazione o liquidazione (cfr. artt. 493 c.c. e 747 c.p.c.). Si tratta, in sostanza, di

[65] Si ritiene che non può proporsi l'*actio interrogatoria* nei confronti dei chiamati in possesso, in considerazione della operatività dell'art. 485 c.c., a meno che non siano minori od incapaci per i quali il possesso non può determinare l'acquisto dell'eredità: cfr., in questi termini, Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 199; L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 319; Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, loc. cit.

[66] Cfr. Prestipino, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., 241; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, loc. cit.; Genghini, C. Carbone, *Le successioni per causa di morte*, cit., 244; G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 144, sostengono la necessità che l'incapace sia dotato di rappresentante legale. In giurisprudenza, v. Cass., 6 luglio 1973, n. 1922, cit., ma anche Cass., 25 giugno 1985, n. 3828, in *Mass. Giur. it.*, 1985, in base alla quale la fissazione di un termine per accettare o rinunziare all'eredità deve ritenersi possibile anche quando il chiamato sia incapace.

[67] V. Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., 128.

[68] Cfr. L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 347. Solo il definitivo compimento dell'inventario determina, in capo al chiamato, l'onere di pronunziarsi nei termini previsti: pertanto, ove egli abbia solo iniziato – senza avere portato a termine – l'inventario potrà, in ogni caso, accettare nel termine di prescrizione: cfr. Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., 195.

La mera assistenza alla formazione dell'inventario richiesto da altri, inoltre, non fa sorgere l'onere di pronunziarsi: così L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 348; ma v. anche, in giurisprudenza, Cass., 12 giugno 1964, n. 1482, in *Mass. Giur. it.*, 1964, secondo la quale il termine di decadenza di 40 giorni stabilito dall'ultimo comma dell'art. 487 c.c., per l'accettazione dell'eredità, e decorrente dal compimento dell'inventario, riguarda il chiamato all'eredità non in possesso dei beni ereditari, soltanto nell'ipotesi in cui egli abbia provocato la formulazione dell'inventario medesimo, e non già anche negli altri casi in cui la redazione dell'inventario sia stata compiuta ad istanza di terzi (nella specie, curatore dell'eredità giacente).

Tale decadenza è inapplicabile, infine, nei confronti del legittimario pretermesso, in quanto non chiamato alla successione: cfr. Cass., 28 ottobre 1974, n. 3220, in *Mass. Giur. it.*, 1974; conf. Cass., 28 gennaio 1964, n. 204, in *Giust. civ.*, 1964, I, 534, secondo la quale titolo primario della delazione ereditaria è il testamento, rispetto a cui la successione legittima opera solo in via suppletiva e quella c.d. necessaria in via correttiva, subordinata all'iniziativa del riservatario preterito: quest'ultimo, finché non si avvalga dell'azione di riduzione, non è chiamato all'eredità, e nei suoi confronti non può verificarsi la decadenza prevista dall'art. 487, 3° comma c.c.

[69] G. Grosso, Burdese, *Le successioni. Parte generale*, cit., 457, 462; Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 284.

autorizzazioni finalizzate alla mera rimozione di un ostacolo all'esercizio di un potere che già compete all'erede, e non ad integrarne la legittimazione a disporre[70].

Nel rapporto tra eredi beneficiati e creditori del *de cuius*, i beni ereditari vengono in rilievo per determinare i limiti entro cui l'erede è chiamato a rispondere, ovvero per individuare i beni su cui i creditori hanno diritto di soddisfarsi: i beni di un'eredità beneficiata sono dell'erede, quindi, esclusivamente al momento di chiusura della fase di liquidazione.

La decisione del Tribunale di Perugia consente di ribadire, pertanto, come l'erede beneficiato risponda dei debiti ereditari *intra vires hereditatis* e *cum viribus hereditatis*, cioè a dire non oltre il valore dei beni a lui pervenuti a titolo di successione (cfr. art. 490, 2° comma, n. 2 c.c.), e con esclusione della responsabilità patrimoniale in ordine a tutti gli altri suoi beni (cfr. art. 471, 1° comma c.c.).

Vale la pena ricordare inoltre che la giurisprudenza più volte ha affermato come il chiamato che accetti con beneficio d'inventario debba comunque ritenersi erede a tutti gli effetti[71] nonché assuma la titolarità dei diritti od obblighi ereditari[72], la propria dichiarazione sostanziandosi, comunque, in una esternazione di volere accettare l'eredità. Di talché l'erede beneficiato sarà legittimato in proprio a resistere e contraddire, e l'eventuale pronuncia di condanna al pagamento dell'intero debito ereditario andrà emessa nei suoi confronti, salvo il contenimento della responsabilità *intra vires hereditatis* nell'ipotesi in cui egli abbia fatto valere il *beneficium*, proponendo la relativa eccezione.

Ciò, a differenza del chiamato che non abbia ancora accettato il quale, *ex* art. 486 c.c., sta in giudizio in rappresentanza dell'eredità[73].

Correttamente, pertanto, il Giudice di Perugia ha stabilito come gli opponenti al decreto ingiuntivo del 2012, avendo accettato l'eredità del *de cuius* con beneficio d'inventario, debbano essere condannati, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 490, 2° comma, n. 2 c.c., a pagare le somme di cui all'ingiunzione, in maniera proporzionale alle rispettive quote ereditarie ed *intra vires hereditatis*.

Silvio Pietro Cerri

---

70 Ferrario Hercolani, *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in *Tratt. Bonilini*, I, cit., 1312.

71 Cass., 19 marzo, 2007, n. 6488, in *Rep. Giur. it*., 2007, voce «Successione», 5680, n. 15; Cass., 14 marzo 2003, n. 3791, in *Giust. civ*., 2003, I, 2742.

72 E la gestione del patrimonio ereditario è quindi gestione del titolare nel proprio interesse, ma anche nell'interesse dei creditori dell'eredità e dei legatari, Bianca, *La famiglia. Le Successioni*, Milano, 2005, 622.

73 Occorre peraltro rilevare come recentemente la 2ª Sezione della Corte di Cassazione abbia chiesto al Primo presidente di rimettere gli atti alle Sezioni unite per il superamento del principio, finora costantemente affermato dalla giurisprudenza delle Sezioni semplici, della natura di eccezione in senso stretto della limitazione di responsabilità, per l'adempimento dei debiti ereditari, dell'erede che abbia accettato l'eredità con beneficio di inventario (e dunque come tale non rilevabile d'ufficio), Cass., 26 marzo 2012, n. 4852, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2031 ss., per l'orientamento tradizionale v. Cass., 26 giugno 2007, n. 14766, in *Rep. Foro it*., 2007, voce «Procedimento civile», n. 70.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 28 maggio 2014 – *Est.* Pieschi – A.S. c. T.L.
Riforma Giudice di Pace Perugia, n. 1109/2011

Obbligazioni e contratti – Contratto preliminare – Preliminare del preliminare – Nullità – Sussistenza.

In tema di preliminare di compravendita, il contratto preliminare del preliminare, con cui le parti si impegnano a concludere in futuro un ulteriore contratto che le vincoli a stipulare successivamente la vendita definitiva, è nullo per mancanza di causa, in quanto non sorretto da alcun effettivo interesse meritevole di tutela. Infatti, sussiste un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Pertanto, riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi ad obbligarsi ad ottenere quell'effetto, darebbe luogo ad una inconcludente ripetizione superflua, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente (1).

(*Omissis*). Il sig. A., con atto di citazione in grado di appello, premesso che: il sig. L.T., volendo acquistare un immobile di proprietà del sig. S.A., aveva sottoscritto una "proposta di acquisto immobiliare", su modello sottopostogli da una agenzia immobiliare, versando, come acconto, Euro 5.000,00 che l'A. dapprima accettava ma, dopo pochi giorni restituiva, adducendo di non voler più vendere l'immobile; il T. aveva adito il Giudice di Pace di Perugia asserendo che controparte aveva disatteso l'art. 1385 c.c., che prevede il pagamento del doppio della caparra versata, in caso di inadempimento da parte di chi l'aveva ricevuta; il magistrato onorario aveva accolto con sentenza la domanda, condannando l'A. a versare all'attore ulteriori Euro 5.000,00. Ciò premesso, si appellava a questo Tribunale, chiedendo l'annullamento della summenzionata sentenza, come da conclusioni di cui sopra.

Si costituiva con comparsa di risposta T.L., che chiedeva la conferma della Sentenza emessa dal Giudice di Pace, come da conclusioni in epigrafe, motivando il suo diritto di credito quale risarcimento del danno nei confronti di controparte.

Giova, innanzi tutto chiarire che l'immobile, oggetto di compravendita, è indicato come sito in Perugia, Corso Giuseppe Garibaldi n.109, sia nella proposta di acquisto immobiliare dell'appellato, datata 9.6.2009, sia nel successivo preliminare di compravendita tra A.S. e M.J. dell'8.7.2009, mentre poi lo stesso è indicato, in atti dei legali, come sito, sempre a Perugia, ma in Corso Bersaglieri n. 109. Si ha motivo di ritenere che vi sia stato un refuso (o una variazione della denominazione della strada, in corso di causa), ma che si tratti comunque dello stesso immobile, stante l'identicità dei dati catastali.

Con la formulazione delle conclusioni parte appellante, nel chiedere la riforma della Sentenza n. 1109/2011 del Giudice di Pace di Perugia, indica i motivi dell'appello con le lettere A), B), C) e D), le cui argomentazioni sono in atto di citazione in appello. Si chiede, in sintesi, con la lett. A), 1'annullamento della sentenza del Giudice di Pace, in quanto il magistrato aveva ritenuto la proposta di acquisto immobiliare come un vero e proprio preliminare di compravendita, per cui, avendo il promittente venditore rinunciato a vendere l'immobile, doveva, per detta inadempienza, versare il doppio della caparra confirmatoria *ex* art. 1385 c.c. a titolo di risarcimento del danno, essendo venuto meno l'impegno reciproco a concludere l'accordo con un rogito notarile. Alla lett. B) si chiede l'annullamento della citata

sentenza per violazione degli artt. 37, 38, 817 e 819-*ter* c.p.c. poiché viene respinta l'eccezione di improponibilità della domanda attrice alla luce della clausola arbitrale compromissoria contenuta nella proposta di acquisto. Alla lett. C) si chiede la nullità della Sentenza di 1° grado per violazione dell'art. 112 c.p.c. in quanto il magistrato onorario aveva omesso di valutare l'eccezione di carenza di legittimazione passiva formulata dall'A. Alla lett. D) si contestava come la sentenza del giudice di I grado avesse condannato il convenuto A. al pagamento delle spese, pur in assenza di una espressa domanda, in tal senso formulata dall'attore in atto di citazione.

Il motivo di appello *sub* A) richiama il primo ed unico atto intervenuto inter partes. Tralasciando, perché irrilevanti ai fini del giudizio, eventuali incontri ed impegni verbali, in data 9.6.2009 l'appellato T. redigeva e sottoscriveva un modello di "proposta di acquisto immobiliare", sottopostogli da Punto Casa S.r.l., indicando l'immobile oggetto di compravendita con i dati catastali ed il prezzo offerto, pari ad Euro 68.000,00 di cui Euro 5.000,00 da versarsi subito, quale deposito cauzionale, Euro 10.000,00 all'atto del preliminare, e la rimanente somma alla stipula del rogito notarile, da eseguirsi entro il 30.6.09. La somma di Euro 15.000,00 sarebbe divenuta caparra confirmatoria *ex* art. 1385 del c.c. Il I importo (Euro 5.000,00) veniva versato alla sottoscrizione della proposta, e la somma era accettata dalla proprietà. Dopo alcuni giorni il venditore promittente dichiarava però che, per difficoltà sopraggiunte, era costretto ad annullare ogni impegno e restituiva il deposito cauzionale. Da ciò la citazione dinanzi al Giudice di Pace, da parte del proponente T., che chiedeva, in applicazione dell'art. 1385, c. II del c.c., il versamento di ulteriori Euro 5.000,00, per inadempienza di controparte.

Parte appellante ritiene che la proposta irrevocabile di acquisto immobiliare sia un accordo bilaterale, con cui le parti si erano impegnate per iscritto a stipulare un ulteriore e successivo contratto preliminare: detto primo accordo si configura pertanto come preliminare di altro preliminare. La Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto nulla per difetto di causa, e perciò improduttiva di effetti, la redazione di un primo contratto preliminare rispetto ad un secondo preliminare che sia confermativo del primo, qualora non vengano apportate modifiche sostanziali. Tra le varie sentenze, si cita la n. 8038 del 2009 con cui la Cass. ha stabilito che "il contratto preliminare del preliminare, con cui le parti si impegnano a concludere in futuro un contratto con effetti obbligatori che le vincoli a stipulare successivamente la vendita definitiva, è nullo per mancanza di causa, non sorretto da alcun effettivo interesse meritevole di tutela". Chiarisce, la predetta Corte che "l'art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti: Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi (…) ad obbligarsi ad ottenere quell'effetto, darebbe luogo ad una inconcludente superfetazione (cioè una ripetizione superflua), non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito".

Va innanzi tutto chiarito che siamo sicuramente di fronte ad un accordo bilaterale, e non già di una mera proposta unilaterale. Infatti dopo l'enunciazione delle condizioni della proposta, di cui alcune già citate ed altre che vedremo poi, e dopo la firma autografa, in calce alle stesse, da parte del proponente, oggi appellato, vi è la firma per accettazione della parte venditrice e cioè di A.S., che, del resto, aveva apposto la sua sottoscrizione in calce alle singole pagine del modello. L'odierno appellante non aveva dunque firmato solo per presa visione delle condizioni previste

dalla modulistica, bensì per accettazione delle stesse. A. accettava, oltre quelle già sopra indicate, anche ulteriori clausole, e proprio da tale sottoscrizione derivano conseguenze importanti ai fini del giudizio. Il modulo prevedeva che l'atto notarile sarebbe stato sottoscritto tra le parti entro il 30.6.09 e si legge tra l'altro che "al momento della sottoscrizione del preliminare di compravendita, cioè alla stipula del contratto che riproduce il presente accordo, il sottoscritto (cioè il T.) riconoscerà all'agenzia immobiliare la provvigione pari a (…) etc. (…)". Tale circostanza è una conferma che la proposta (accettata da controparte) di acquisto immobiliare configura dunque un contratto preliminare di altro preliminare, che le parti si impegnavano a stipulare prima del rogito, e che la stipula del secondo preliminare avrebbe riprodotto il presente accordo: dunque è una ripetizione superflua, del quale la Corte Cass. ha stabilito la nullità per carenza di causa. Ed ancora, alla condizione n. 6 si legge che "la presente proposta è irrevocabile per 18 giorni da oggi e diverrà inefficace se non perverrà la comunicazione (…) inerente l'accettazione della stessa, entro il predetto termine (cioè entro il 27 aprile). In tal caso, o in caso di mancata accettazione, l'assegno di cui al punto 3 (Euro 5.000,00) verrà restituito (…) con esclusione di diritto alcuno del proponente stesso a penalità o rivalsa per la mancata accettazione della proposta".

Tutto quanto sopra porta alla conferma che la proposta di acquisto immobiliare deve ritenersi, come contratto preliminare di altro precontratto, che le parti si impegnavano a stipulare in un secondo momento. Tale era, del resto, il parere della stessa agenzia immobiliare Punto Casa: in sede di testimonianza, resa dinanzi al Giudice di Pace, rispondeva positivamente alla domanda se era vero che "in tali proposte di acquisto immobiliari le parti accennano alle intenzioni di acquistare un determinato immobile secondo condizioni ed impegni precisi e specificati, che andranno ad assumere soltanto in un vero e proprio contratto preliminare di vendita che sarà successivamente redatto nell'immediato futuro". Aderendo al giudizio emesso dalla Cassazione, si ripete che tale proposta in quanto promessa di futuro contratto preliminare è nulla. Detta nullità determina la mancanza di effetti di ogni atto espletato in relazione ed in conseguenza di tale documento. Pertanto la somma di Euro 5.000,00 poteva non essere erogata e comunque, essendo stata restituita, il caso appare definito senza ulteriori conseguenze. Il promittente compratore non ha dunque diritto ad alcun'altra somma e la sentenza del Giudice di Pace deve essere, per tale motivo riformata.

Si vuole peraltro aggiungere che l'appellato non avrebbe avuto diritto ad un risarcimento neppure se la proposta di acquisto avesse avuto una sua validità ed una sua efficacia, poiché l'art. 1385 del c.c. stabilisce che, se è inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, l'altra può esigere il doppio della stessa (c. II). Nel caso di specie le parti avevano convenuto che la caparra confirmatoria fosse di Euro 15.000,00, da versarsi in due scaglioni, mentre nel caso che ci occupa era stata versata la sola somma di Euro 5.000,00 che non era ancora caparra confirmatoria, ma semplice deposito cauzionale. D'altro canto, ad abundantiam, la condizione n. 6, come sopra trascritta, concedeva al promittente venditore, nei giorni successivi alla proposta, ma prima del contratto preliminare vero e proprio, di rinunciare alla vendita restituendo l'assegno, con esclusione del diritto del proponente a penalità o rivalsa per la mancata accettazione della proposta, e di tale facoltà l'appellante si era avvalso. Ben diverso sarebbe stato l'esito del presente giudizio se l'appellante avesse rinunciato alla vendita non già dopo la proposta di acquisto del 9.6.2009, (a prescindere, in ogni caso, dalla nullità dell'atto) ma dopo il contratto preliminare, che le parti si erano impegnate a stipulare e pertanto dopo il versamento dell'in-

tera caparra.

Ritiene pertanto questo Giudice che la Sentenza del magistrato onorario debba essere riformata, dal momento che quel Giudice aveva stabilito che l'accordo del 9.6.2009 dovesse ritenersi quale unico contratto preliminare, quando invece vi era l'intento di redigerne un altro che sarebbe risultato quello "vero e proprio". In tale previsione la Cassazione ha stabilito la nullità del primo non essendo lo stesso meritevole di tutela per difetto di causa. Ciò rende assolutamente prive di effetti le condizioni e le clausole previste, prime tra tutte la dazione di una somma, quale deposito cauzionale, che, con la sua restituzione, determina il venir meno di ogni ulteriore pretesa risarcitoria. Né, d'altro canto, l'appellato ha diritto a risarcimento-danni in altra misura, dal momento che controparte ha rinunciato a vendere l'immobile pochi giorni dopo un impegno scritto, ma carente di valenza giuridica, senza che sia stato provato, per detto breve lasso di tempo, un danno concreto procuratogli dall'appellante.

L'annullamento della Sentenza n. 1109/2011 del Giudice di Pace di Perugia per il motivo di cui sopra rende inutile l' esame degli ulteriori, in quanto assorbiti. (*Omissis*).

(1) Osservazioni in tema di preliminare di preliminare.

1. La sentenza in commento risolve in senso negativo il problema dell'ammissibilità nel nostro sistema del cd. preliminare di preliminare, dichiarando la nullità del contratto per difetto di causa. Tale arresto giurisprudenziale, però, si pone in un arco temporale antecedente rispetto alla recente pronuncia delle Sezioni Unite che, viceversa, hanno ritenuto ammissibile lo schema contrattuale *de quo*, sebbene in presenza di determinati presupposti.

Appare, quindi, quantomai opportuna un'analisi della questione ad ampio spettro.

L'ammissibilità del cd. "preliminare di preliminare" (o "preliminare aperto"), cioè di quell'accordo che obbliga le parti a stipulare un successivo contratto preliminare, è dibattuta in dottrina e giurisprudenza da tempo ormai immemorabile [(1)].

La vivacità del dibattito si deve alla fantasia del mercato ed alla prassi commerciale, in voga ai nostri giorni, che prevede l'intervento di un mediatore, il quale svolge la funzione di *trait d'union* tra le parti contrattuali (che di regola, nemmeno si conoscono tra loro) per addivenire alla stipula del contratto di compravendita immobiliare [(2)].

---

[1] Sull'argomento v. TAMBURINI, *Una inesauribile fonte di dubbi: il contratto preliminare di preliminare*, nota a Cass., ord. 12 marzo 2014, n. 5779, in *Giur. it.*, 2014, 2419 ss.

[2] Si consenta di far presente, seppur brevemente, che la problematica del preliminare comincia a porsi all'attenzione dei consociati soprattutto in ragione del fatto che bisogna comprendere quale sia il momento, a partire dal quale sorga il diritto del mediatore al compenso, che per opinione *omni condivisa*, è stato individuato con la conclusione del contratto preliminare. Per maggiori approfondimenti sul ruolo del mediatore con riferimento alla problematica che ci interessa si rimanda a VITUCCI, *Impegni assunti con il mediatore e proposta contrattuale*, in *Riv. not.*, 1994, I, 13 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Ivrea, 11 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2003, 41, ove si enuclea il seguente principio di diritto: «*Non spetta il compenso provvisionale al mediatore che abbia posto in contatto le parti di un cosiddetto contratto "preliminare di preliminare",*

Nell'*iter* di formazione del contratto entrano in gioco minute, puntuazioni e contratti preliminari, tutti atti, questi ultimi, più o meno vincolanti a seconda del caso concreto e della volontà delle parti [3].

Parlare di "obbligarsi ad obbligarsi" veniva visto come un'eresia giuridica, "*una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela* (...), *ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente*" [4].

Tale impostazione effettua una precisa scelta di campo in tema di "causa" del contratto, intesa come elemento essenziale ed indefettibile *ex* art. 1325 c.c.: un'operazione priva di senso pratico e di effettiva utilità, quindi, non può trovare cittadinanza nel nostro sistema giuridico [5].

La pattuizione sarebbe carente di qualsivoglia giustificazione causale ed economica concreta, restando inalterata la situazione giuridica di base in un'ottica teleologica volta alla stipula del successivo contratto definitivo senza che vengano modificati natura e contenuto dell'obbligazione che trova origine nel preliminare [6].

---

salvo in caso di specifico accordo preventivo, peraltro perfettamente ammissibile e meritevole di tutela ex *art. 1322 c.c., con la conseguente configurazione di una "mediazione atipica"*». V. anche Trib. Napoli, 22 marzo 2003, in *Dir. giur.*, 2004, 681, in cui si dichiara che «*La stipula di un preliminare di preliminare, quale pattuizione da cui non nasce l'obbligo di conclusione del contratto definitivo, non integra quella "conclusione dell'affare" cui l'art. 1755 c.c. ricollega la nascita del diritto del mediatore alla provvigione, non essendo un siffatto accordo riconducibile alla nozione di "affare", quale atto in virtù del quale si sia costituito un valido vincolo azionabile per ottenere l'esecuzione del programma negoziale*».

[3] Cfr. De Casamassimi, *Contrattazione immobiliare e «preliminare di preliminare»*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2008, II, 248 ss., 251, la quale fa notare che «*In definitiva, quel che distingue essenzialmente la c.d. puntuazione dal contratto preliminare è il fatto che essa, anziché contenere, sia pure* in nuce, *tutti gli elementi, o quanto meno quelli essenziali del contratto, contempli dati limitati e generici dell'accordo e, anziché documentare l'intesa raggiunta o essere comunque diretta a provocare la conclusiva definizione dell'accordo, abbia carattere solo interlocutorio e preparatorio della stipulazione. Diversamente, nell'incontro proposta di acquisto-accettazione del venditore, sia pure prevedendosi un termine per la stipula del preliminare, le parti manifestano la seria e compiuta volontà di obbligarsi, condizione necessaria e sufficiente alla formazione del consenso negoziale*».

[4] In tal senso Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 998 ss., con nota di Salvadori, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*, la quale afferma che «*Il preliminare, privo di definizione normativa, appare fattispecie multiforme e mutante. E come in un caleidoscopio diversamente si colora e si atteggia a seconda delle finalità avute di mira dai contraenti e, più in generale, a seconda degli interessi sottesi alle differenti operazioni economiche, che la pratica registra e il legislatore traduce in regole. Quindi uno, nessuno oppure «centomila» preliminari: da quello eseguibile in forma specifica a quello privo di tale rimedio per impossibilità o volontà delle parti, entrambi consegnati dall'art. 2932 cod. civ.; dal preliminare «puro», consolidato dalla tradizione, a quello «ad effetti anticipati» o più esattamente «complesso», che riceve formale riconoscimento nella novella del 1996 (sulla trascrizione) e nel d. legis. n. 122/2005, sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire*».

[5] V. La Porta, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 2010, 48-49, ove si rileva che «*La rilevanza dell'elemento causale alla integrazione dei profili di validità del contratto è stata troppo frettolosamente liquidata da parte della più recente dottrina, sotto la spinta di un esasperato volontarismo di matrice anglosassone che si spiega per il "contributo di sangue" che, inopinatamente, la civilistica italiana – di indiscussi valore e tradizione – paga ormai da qualche decennio all'assalto invasivo dei "comparatisti", dominatori (tra l'altro) dei progetti di elaborazione di codice civile europeo dei contratti, dalla cui disciplina degli elementi essenziali del contratto scompare – non a caso – qualunque riferimento alla causa* (…)».

[6] Contrario a tale impostazione Chianale, *Il preliminare di preliminare:* intentio certa sese obligandi?, in *Notariato*, 2010, 42 ss., il quale critica la sentenza Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, sottolineando (45) che «(…) *la motivazione resa dai giudici appare piuttosto veloce e priva di profonda consapevolezza. Essa si muove all'interno di un quadro concettuale autoreferenziale, dominato dalla forza ipnotica delle parole: sembra incapace di cogliere l'essenza del diritto vivente e, oltre tutto, argomentando sul preliminare in generale, si mostra avulsa dalla innovativa giurisprudenza di legittimità, più che ventennale, in tema di*

Si configura nel caso di specie, una vera e propria nullità strutturale per difetto di causa, che inficia *ab origine* l'ammissibilità del preliminare di preliminare [7].

Viene enucleato, pertanto, un principio di diritto, considerato intangibile, tramite il quale si afferma l'insufficienza della sola volontà delle parti a porre in essere un vincolo obbligatorio, venendosi a creare una *non perfetta simmetria tra voluto ed utile*, per cui ciò che i contraenti vogliono non deve essere un'inutile complicazione dell'*iter* di formazione del contratto [8].

La soluzione prospettata, sposata da parte della dottrina [9], presenta evidentemente un carattere eccessivamente stringente che trova fondamento nella paventata inutilità della duplicazione dei contratti preliminari.

D'altronde, non va dimenticato che *quod nullum est, nullum producit effectum*, il che equivale a considerare il contratto *de quo* come "un vano orpello" della fase delle trattative, improduttivo di effetti ed irrilevante per il nostro ordinamento

---

preliminare di vendita» ed aggiungendo (48), inoltre, che «*I giudici non solo dimostrano scarsa comprensione delle dinamiche abituali del mercato immobiliare, ma alla fine mortificano la consapevole assunzione di impegni da parte del proprietario e del promittente l'acquisto.* (…) *Questa soluzione legittima i comportamenti privi di serietà, in quanto li dichiara sanzionabili soltanto con la regola di responsabilità precontrattuale*».

[7] In tal senso, *ex plurimis*, Trib. Napoli, 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, 283, ove si afferma che «*il contratto preliminare con cui le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto preliminare (c.d. preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa e la relativa nullità può essere rilevata di ufficio dal giudice*»; dello stesso tenore, Trib. Napoli, 21 febbraio 1985, in *Il civilista*, 2010, 7-8, 12, Trib. Firenze, 10 luglio 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, 487. Si veda anche Trib. Imperia, 21 marzo 2005, in *Redaz. Giuffrè, 2006* ed in *Il civilista*, 2010, 7-8, 12, in cui si desume il principio di diritto per cui «*Qualora nella proposta di acquisto irrevocabile, seguita dall'accettazione del venditore, si preveda che le parti debbano poi concludere un contratto preliminare e non solo il contratto definitivo, pattuizione da cui, quindi, non nasce l'obbligo di conclusione del contratto definitivo, è ravvisabile un preliminare del preliminare, figura non compatibile con il nostro ordinamento essendo nullo per difetto di causa*». *Contra* Trib. Genova, 7 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 530, il quale evidenzia che «*L'accettazione di una proposta di acquisto con cui una parte si impegna alla stipula di un contratto preliminare e successivo definitivo di compravendita immobiliare determina la nascita di un vincolo contrattuale la cui violazione, comunque tale vincolo voglia definirsi, può dar luogo alla risoluzione del contratto per inadempimento e al risarcimento dei danni*».

[8] In tal senso La Porta, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, cit., 49, il quale fa presente che «*L'autonomia privata, forse con la sola eccezione concedibile alla sua espressione testamentaria, può valicare i confini della tipicità, può farsi creatrice di regolamenti di interessi nuovi e vivaci ma mai inutili, essendo ciò che è inutile immeritevole di protezione in quanto inidoneo a giustificare l'intervento dell'ordinamento giuridico e dei suoi organi, anche soltanto per ragioni di economicità, a tutela della volontà privata, evidentemente non espressiva di esigenze che l'ordinamento possa proteggere azionando la "macchina" della tutela statuale.* (…) *le parti sono libere di vincolarsi come vogliono purchè lo vogliano e soltanto purchè la comune volontà non contrasti con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume; l'autonomia privata si esprime in materia contrattuale regolando assetti di interessi che, ben lontani dal dovere assumere rilevanza "economico-sociale", nemmeno possono ridursi a capricciose o artificiose complicazioni della struttura contrattuale disegnata dal legislatore o dalla prassi per dare assetto compiuto alle esigenze dei contraenti*».

[9] Cfr. sul punto le interessanti osservazioni di Rascio, *Il contratto preliminare,* Napoli, 1967, 173-174, il quale, con riferimento alla questione *de qua*, dopo aver affermato che « È *da dire, in particolare che, nella sequenza di atti e rapporti, alla quale ogni preliminare dà inizio, anche un'obbligazione può essere considerata «finale». Invero, la situazione in discorso rappresenta in moltissimi casi il modo normale ed immediato in cui gli interessi sono realizzati sul piano degli effetti.* È*, quindi, perfettamente ammissibile che l'obbligo di contrarre tenda, fra l'altro, alla creazione di nuove obbligazioni: il carattere strumentale non frappone ostacoli all'ammissibilità di contratti preliminari a contratti obbligatori*»; precisa (nt. 11) che « È *però esclusa la possibilità di un preliminare diretto alla conclusione di un altro contratto preliminare. In questo caso l'obbligo di contrarre si evolverebbe non nella creazione di un'obbligazione «finale» ma in un nuovo rapporto strumentale eguale al precedente* (…)».

giuridico.

Si nega la validità di un accordo ripetitivo, poiché si parte dal presupposto (parzialmente errato, come vedremo meglio in seguito) che tra il primo ed il secondo preliminare vi sia identità contenutistica (*bis in idem*) [10].

2. In realtà, tale soluzione, seppur autorevolmente sostenuta, appare oltremodo limitativa della libertà negoziale dei privati [11].

Si deve, infatti, riconoscere a questi ultimi la possibilità di modulare nel tempo l'affare in base alle proprie esigenze personali [12]; non si riescono a comprendere (né si possono condividere) tali impostazioni "proibizioniste" che impediscono ai soggetti interessati di specificare gradualmente il contenuto dei rispettivi accordi, vincolandosi in fasi temporali successive su appositi aspetti ben individuati [13].

Bisogna interrogarsi, quindi, su un profilo essenziale della problematica in esame: lo sdoppiamento della tipica figura del contratto preliminare in due o più sottocategorie, cd. preliminare di preliminare, costituisce o no un'inutile ripetizione, improduttiva di effetti giuridici?

Appaiono risolutive del quesito suesposto le osservazioni suggerite da autorevo-

---

[10] V. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, *estratto da Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IX, II, Torino, 1998, 47-48, in cui l'A. evidenzia che «*In linea di principio la possibilità di una successione di fattispecie preliminari dello stesso tipo non sembra ammissibile. Si parla al riguardo di difetto di causa, ma quel che fa difetto è in realtà la funzione economica a livello tipologico, cioè la possibilità di ravvisare l'interesse meritevole ad una stregua sociale, che dovrebbe giustificare la giuridicizzazione dell'operazione.* (...) *Il* bis in idem *non può essere di alcuna utilità e determinerebbe solo un inutile giro vizioso procedimentale. A nulla vale dunque giocare con le parole distinguendo tra i due preliminari in sequenza, perché l'uno preluderebbe ad una fattispecie preliminare, mentre l'altro preluderebbe ad una fattispecie definitiva. Il preliminare che preludesse ad un preliminare anziché ad un definitivo svolgerebbe, in realtà, una funzione «pre-preparatoria; il suo collegamento con la fattispecie definitiva non sarebbe immediato ma mediato». Proprio in termini di meritevolezza dell'interesse* ex *art. 1322 non potrebbe dunque trovare protezione nemmeno un contratto atipico a contenuto ed effetti obbligatori, in cui l'obbligo per le parti consistesse in un'ulteriore manifestazione di volontà volta alla conclusione di un contratto preliminare. Dietro lo schermo dell'atto di autonomia non tipizzato si celerebbe infatti pur sempre il* bis in idem».

[11] Cfr. Roppo, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2011, 616, ove si precisa che «*Dopo qualche oscillazione, la giurisprudenza sembra negare l'ammissibilità del preliminare di preliminare, sotto il profilo dell'inutilità e conseguente mancanza di causa. Ma il giudizio sull'utilità dovrebbe essere lasciato alle parti, che se fanno un preliminare di preliminare si presume vi abbiano interesse: se l'interesse è meritevole di tutela, il contratto ha causa lecita. Altro discorso è se a esso siano applicabili tutte le norme sul preliminare (sembra da escludere, ad es., la trascrivibilità)*».

[12] Sembra possibilista in relazione alla figura *de qua* De Casamassimi, *Contrattazione immobiliare e «preliminare di preliminare»*, cit., 252-253, la quale ricorda che «*Si riscontrerebbe, pertanto, nella sequenza negoziale in questione un'ipotesi di formazione progressiva di fattispecie preliminari dello stesso tipo, ma non dello stesso valore, perché il primo contratto di tale sequenza creerebbe un diritto relativo alla formazione della fattispecie preliminare, mentre il secondo creerebbe un diritto relativo alla formazione di una fattispecie definitiva*».

[13] In proposito v. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare,* in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 81 ss., 93, il quale ritiene che «(...) *debba essere riconosciuta ai privati la facoltà di dilazionare nel tempo le varie fasi, seppur contrattuali, che conducono ad un accordo definitivo* (...). *Ciò discende direttamente dall'applicazione dei principi costituzionali di libertà in materia di iniziativa economica privata: se non vengono valicati i limiti posti dall'art. 41, comma 2°, Cost., il comportamento dei soggetti nel procedimento di conclusione di un affare è infatti da considerare pienamente salvaguardato dal nostro ordinamento. Non urtando contro la sicurezza, la libertà e la dignità umana, la procedimentalizzazione delle fasi della contrattazione si inserisce a pieno titolo nell'ambito di libertà offerto all'autonomia privata dal più alto livello della nostra legislazione*».

le dottrina in tema di ripetizione del negozio giuridico, che, con riferimento al caso di specie, tornano di estrema attualità [14].

Può considerarsi davvero inutile e privo di giustificazione causale il contratto *de quo*?

Come argutamente sostenuto, *il negozio inefficace* va *considerato rilevante per il diritto,* mentre *il negozio inutile* va *degradato, invece, ad uno stadio di irrilevanza o inqualificazione* [15].

Partendo dall'ovvia deduzione che, alla luce delle suddette considerazioni, sarà semmai il secondo contratto preliminare a doversi considerare inutile [16], e, quindi, giuridicamente irrilevante, soprattutto se ripetitivo del contenuto di quello che abbiamo prima definito preliminare di preliminare, e non viceversa [17].

Ergo, in ogni caso, laddove il preliminare aperto dovesse presentare tutti i requisiti di forma e di sostanza previsti dalla legge, dovrà necessariamente essere considerato giuridicamente rilevante, poiché, indipendentemente dalla formula utilizzata dalla prassi, sarà quest'ultimo il vero contratto preliminare [18].

---

14 V. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 179, ove l'A. distingue tra inefficacia ed inutilità, puntualizzando che «*Le due nozioni obbediscono, a nostro avviso, a criteri eterogenei: la nozione di inefficacia viene costruita sul piano strutturale, e indica, insieme, la conformità dell'atto allo schema e la mancanza di un elemento secondario; la nozione di inutilità opera sul piano storico, e indica l'assenza definitiva e irrimediabile della concausa di efficacia. Dal lato strutturale (cioè sotto il profilo della composizione del fatto), il negozio inutile non è altro dal negozio inefficace: ambedue sono conformi allo schema tipico, e non producono effetti per mancanza di un elemento secondario. L'antitesi negozio inutile-negozio inefficace risponde ad un criterio estrinseco, che ha riguardo alla impossibilità o possibilità della concausa futura*». L'A. aggiunge (180) che «*I due criteri (strutturale e storico) possono, non già concorrere sul medesimo piano, ma trovare separata applicazione. Il criterio strutturale definisce il negozio inefficace, e serve a distinguerlo dal negozio nullo o inesistente, che non appare adeguato allo schema normativo. Il criterio storico non definisce il negozio, ma caratteri dell'inefficacia del negozio*».

15 In tal senso Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., 181.

16 Cfr. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., 185, ove si fa constatare che «*Sembra opportuno designare la tipica inefficacia del secondo negozio con il termine "inutilità", che corrisponde simmetricamente all'utilità del primo. Il negozio inutile si colloca nella più ampia categoria del negozio inefficace, ma con un tratto singolare: che l'inefficacia procede dall'efficacia di un identico negozio anteriore, dall'utile porsi di questo come causa della situazione finale. L'inutilità denota, dunque, l'inefficacia del negozio, che trova dinanzi a sé effetti identici, già prodotti da un negozio anteriore: un'inefficacia, che postula l'efficacia negata al negozio successivo*».

17 Concorde con la ricostruzione suggerita nel testo Gabrielli, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, I, 23 ss., 33, il quale critica una pronuncia di merito ove si dichiara che «(...) *il contratto preliminare di contratto preliminare è nullo, perché carente di causa*». L'A. afferma che «*non si è evidentemente preoccupato quel giudice di considerare che le parti avevano pur voluto, di certo, reciprocamente vincolarsi a contrarre e che inutile, e priva quindi di causa, era semmai la seconda fase della programmata sequenza, e cioè l'interposizione di un'ulteriore stipulazione meramente preliminare fra quella prima assunzione di vincolo strumentale e la prevista prestazione del consenso definitivo*».

18 In proposito cfr. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., 104, in cui si fa notare che «(…) *qualora il primo contratto contempli tutti gli elementi del definitivo, non possiamo considerarlo alla stregua di un preliminare di preliminare, ma dobbiamo ritenere che si tratti di un contratto preliminare a tutti gli effetti*». V. anche Bellante, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediate da agenzia*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 954 ss., 960, ove l'A. prende una posizione netta sul punto, rilevando: «*Il fatto che nel preliminare intercorso tra le parti sia espressamente prevista l'obbligatoria stipula di un successivo preliminare non vale a configurare il contratto concluso come preliminare di preliminare, poiché con esso le parti non si obbligano puramente e semplicemente a stipulare un successivo preliminare. Se, infatti, si analizza con attenzione il tenore letterale delle dichiarazioni negoziali rese dai contraenti, è agevole verificare come, nonostante il rinvio alla stipula di un successivo preliminare, le parti si obbligano immediatamente a comprare e vendere l'immobile, cioè a stipulare il contratto definitivo di*

A ciò si aggiunga, inoltre, che il preliminare di preliminare potrebbe, in ogni caso, considerarsi giuridicamente rilevante per due ordini di ragioni.

In primis, perché, constatazione apparentemente banale, ma estremamente significativa, «*il negozio contiene un comando giuridico; e nulla vieta di comandare due volte la stessa cosa*» [19].

In secondo luogo, in via di *extrema ratio*, proprio laddove si dovesse condividere la soluzione drastica della nullità, si potrebbe utilizzare lo strumento della conversione *ex* art. 1424 c.c. per "salvare" il contratto in oggetto, "trasformandolo" in un contratto preliminare a tutti gli effetti [20].

Dalle fugaci considerazioni suddette, si può già acquisire una ferrea convinzione: salvo casi eccezionali, il contratto preliminare di preliminare non crea un'inammissibile successione di fattispecie preliminari identiche, risolvendosi in un *bis in idem*, privo di alcuna utilità [21], bensì produce un susseguirsi di tipologie contrattuali caratterizzate dal progressivo intensificarsi del vincolo in base alla volontà delle parti [22]. Quest'ultimo, quindi, non può (e non deve) essere considerato inutile, né tantomeno giuridicamente irrilevante [23].

A maggior riprova di quanto detto, basti pensare che, negli ultimi anni, una legislazione speciale, a dir poco magmatica, ha imposto controlli sempre più invasivi in materia edilizia, fiscale, ipocatastale e, perfino, in tema di certificazione energetica.

La crescita esponenziale delle formalità da rispettare e dei documenti da allegare agli atti notarili di compravendita immobiliare ha di certo incentivato la contrattazione cd. veloce in modo da bloccare l'affare.

È tornata prepotentemente di moda, pertanto, la questione che ci interessa con una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che sembra riscrivere (forse solo apparentemente) la problematica dell'ammissibilità del preliminare aperto [24].

---

compravendita, il quale è il mezzo attraverso cui esse adempiono le suddette obbligazioni rispettivamente assunte. L'accordo concluso, pertanto, rimane affatto diverso dalla figura del preliminare di preliminare, configurandosi invece come un ordinario contratto preliminare di compravendita, al quale accede una clausola che obbliga le parti alla stipula di un successivo preliminare».

[19] Cfr. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., 139, le cui osservazioni appaiono calzanti anche in relazione alla problematica che ci interessa, laddove si evidenzia che «*Le parti, che dicono due volte «vendo, compro», mirano a sostituire il primo negozio con il secondo: per regola d'esperienza, la ripetizione è una* renovatio *del negozio*».

[20] In tal senso Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., 104-105.

[21] Critico con tale ricostruzione di Majo, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, 1069 ss., 1070, il quale fa presente che il preliminare di preliminare «(…) *non è tale in realtà ma solo manifestazione dell'interesse delle parti a predisporre così una prima* tranche *di materiale normativo, ma privo di ogni forma vincolante come tale. E a ciò poco giova l'emersione di un interesse delle parti a predisporre gradualmente il contenuto del contratto, perché si tratta di interesse "di mero fatto" ma privo di ogni* vestimentum *giuridico.* (...) *In buona sostanza, occorre osservare che "la differenziazione dei contenuti negoziali",* (…)*, non è tale da poter alimentare contratti (asseritamente) "diversi" (preliminari e non) in successione, perché "tale differenziazione",* (…)*, può semmai dare origine a doveri di comportamento, in base al principio di buona fede, lungo un itinerario che può essere fonte di* culpa in contrahendo».

[22] V. Bellante, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediate da agenzia*, cit., 955.

[23] Concorde sul punto Chianale, *Il preliminare di preliminare:* intentio certa sese obligandi, cit., 46-47, il quale, in un'ottica comparativistica, sottolineando l'arretratezza del nostro ordinamento rispetto agli altri, precisa che «*Nessun giurista di questi sistemi penserebbe di negare rilevanza sociale, e quindi giuridica, ad una consapevole scelta contrattuale delle parti*».

[24] V. Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Guida al dir*, 2015, 14, 42, ove si legge: «*In presenza*

3. Il Supremo Collegio con l'innovativa sentenza riconosce finalmente il crisma della validità allo schema contrattuale in commento, non senza le doverose precisazioni [25]: non esita, infatti, a sottolineare che occorre "*guardarsi da un uso poco sorvegliato dell'espressione "preliminare di preliminare", perché l'elemento nominalistico non è neutro*".

Si tratta di una sorta di soluzione di compromesso, i giudici di legittimità riconoscono, da un lato, l'ammissibilità del preliminare del preliminare, ma, dall'altro, ne "inibiscono" un uso diffuso [26], utilizzando uno strumento non nuovo agli occhi dell'operatore del diritto, la cd. "causa in concreto" [27].

La causa diviene, quindi, un parametro di valutazione dell'ammissibilità dell'operazione [28] in un'ottica di effettiva idoneità al soddisfacimento degli interessi concretamente perseguiti dai contraenti [29], i quali devono comunque presentarsi

di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex *art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale*».

[25] V. Palermo, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, 1071 ss. L'A. valuta in modo parzialmente positivo la sentenza in oggetto, dichiarando (1074) che quest'ultima «*ha indubbiamente il merito di avere scosso un vecchio edificio, costruito sui dogmi che larga parte della dottrina non ha il coraggio di abbattere*».

[26] Cfr. Stefini, *Secondo le Sezioni Unite il "preliminare di preliminare" è valido; anzi no*, in *Dir. civ. cont.*, 9 giugno 2015, 1 ss., 8, il quale rileva che «(…) *bisogna evitare accuratamente il rischio di cadere in un dogmatismo opposto a quello della Cassazione del 2009, e ritenere di individuare sempre, nella contrattazione immobiliare, lo stesso schema procedimentale: proprio perché questo è il frutto, si diceva, del libero estrinsecarsi dell'autonomia privata, occorrerà vedere che tipo di vincolo le parti hanno inteso stringere nella prima fase, analizzando e interpretando correttamente i moduli sottoscritti e le clausole aggiunte a penna, per analizzare l'assetto di interessi che con quelle scritture le parti intendevano perseguire*». L'A. si spinge oltre ed, in senso critico, conclude dicendo (11) che «*Questo è, in ultima analisi, l'insegnamento, oltremodo condivisibile, delle Sezioni Unite: non certo l'ammissibilità a prescindere del "preliminare di preliminare" in senso stretto, che continua a restare fattispecie non fondata causalmente, oltre che inesistente nella prassi delle contrattazioni*».

[27] La S.C. qualifica la causa in concreto come lo «*scopo pratico del negozio* (…) *sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato*». In tal senso, v. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, 2203, che mette in rilievo che «*La causa del contratto consiste nella funzione economica individuale del negozio posto in essere, è la ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto, a prescindere dalla volontà dei contraenti, e non coincide con il tipo contrattuale astratto scelto dalle parti*»; dello stesso avviso anche Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Guida al dir.*, 2009, 50, 55.

[28] Sottolinea il ruolo dell'elemento causale come strumento di libertà negoziale e di garanzia della serietà dell'affare La Porta, *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005, 217 ss.

[29] *Contra* di Majo, *Il preliminare torna alle origini*, cit., 1071, ove si rileva che «(...) *se il concetto di "causa concreta" è oggi servito in varie occasioni (dai contratti sui derivati al concordato preventivo) per sottrarsi ai limiti della "causa astratta", esso non può essere un* pass partout *per delegare alle parti un controllo che spetta pur sempre all'ordinamento, quale giudizio sulla compatibilità tra l'atto di autonomia e i*

meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. [30].

Nell'ambito di un generale rovesciamento dell'impostazione tradizionale, si garantisce cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico alla figura *de qua* entro specifici limiti [31], enucleabili in base alla meritevolezza degli interessi oggetto di accordo [32].

Non manca in dottrina chi, alla luce di quanto detto, sottolinea il fatto che l'obbligazione assunta sembra riguardare, più che il contrarre (nel senso di concludere il contratto), il contrattare (nel senso di sviluppare la trattativa), quindi, un generale obbligo di non interrompere le trattative senza giusta causa o giustificato motivo [33].

In considerazione delle osservazioni precedenti, appare doveroso far presente come le S.U. suggeriscano una ricostruzione tutt'altro che peregrina, anzi alquanto rispondente alle mutate esigenze sociali [34].

---

valori di esso, siano essi rappresentati dalla razionalità del mercato, e/o dal rispetto di valori etico-sociali (...). *Di recente, chi ha criticato l'utilizzazione della "causa concreta" ha parlato di essa quale "ventre molle" del concetto di causa* (...)! Vale dunque la pena di ripensare su tutto ciò».

30 Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione del concetto di "causa" si rinvia a La Rosa, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, la quale delinea in modo puntuale ed esaustivo le "dinamiche evolutive della causa". L'A. evidenzia come il diritto comunitario abbia influito sul tema in oggetto, rilevando (73-74) che «*Sul piano dei principi e dei valori una lettura assiologicamente ispirata alla integrazione delle fonti primarie multilivello involge una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce del Trattato dell'Unione Europea. In questa innovativa logica valoriale si fa strada l'esigenza di una adeguata funzionalizzazione dell'autonomia privata alla utilità sociale e agli interessi generali, che sempre più si aprono alle istanze della persona e della economia sociale (riaffermata dal Trattato di Lisbona all'art. 3) sollecitando i privati ad un esercizio socialmente responsabile dell'autonomia contrattuale in conformità ai valori di solidarietà e della ragionevolezza. Di tal guisa il giudizio di meritevolezza è rivolto pure a verificare se gli interessi concreti delle parti siano socialmente apprezzabili*».

31 Cfr. Tarantino, È *ammissibile il preliminare del preliminare solo se conforme all'interesse delle parti*, in *Dir. e giust.*, 2015, 8, 45 ss.

32 Per un inquadramento generale della questione della meritevolezza dell'interesse, si consiglia di leggere le osservazioni critiche di Guarneri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 799 ss., 814, il quale afferma: «*Atteso che* (...) *1) la regola di cui all'art. 1322, capoverso, c.c. è frutto di un'esigenza quasi angosciosa, di un'ossessione del legislatore del codice civile del 1942 di realizzare un controllo generalizzato degli atti di autonomia privata, onde garantirne la rispondenza a fini sociali, poi scomparse con la caduta dell'ordinamento corporativo;* (...) *3) la casistica volta a volta proposta dalla dottrina ad esempio di tale regola è riconducibile a fattispecie di contratti illeciti;* (...) *5) la giurisprudenza ha utilizzato la regola o come un doppione di quella che già proibisce il contratto illecito o per vuote declamazioni; 6) la comparazione conferma la scarsa o nulla rilevanza della regola; 7) la regola si indirizza al contratto atipico, che per il ben noto fenomeno della dilagante tipizzazione tende a non entrare nelle aule di giustizia; tutto ciò premesso, si conclude per una lettura abrogativa della regola in questione o, a tutto concedere, per una lettura ispirata a grande cautela*».

33 In tal senso Brizzolari, *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2015, 545 ss., 554, il quale precisa che «(...) *questa soluzione è funzionale alla tenuta della motivazione, in quanto si arriva ad ammettere la possibilità di impegnarsi al preliminare solo in presenza di determinate e fondate esigenze. Ossia, quando vi sia una puntuazione vincolante che necessariamente rimanda alla prosecuzione della contrattazione per arrivare alla definizione dei punti non ancora pattuiti*». L'A. aggiunge (nt. 14) che «*Sembrerebbe che la Corte voglia assimilare il primo accordo della sequenza, ossia il c.d. preliminare di preliminare, ad un* pactum de tractando».

34 Critica con la sentenza di cui si tratta Benigni, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare*, in *Notariato*, 2015, 426 ss., 436-437, la quale afferma che «*Se da un lato, quindi, Cass. n. 4628/2015 sancisce un principio che consente una forte apertura verso le nuove forme di contrattazione che l'evoluzione della prassi di continuo ci presenta, ed una maggiore tutela della serietà della contrattazione, dall'altro lato rende sempre più difficile ed incerta la qualificazione della fattispecie, contribuendo probabilmente all'insorgere di contenziosi fra le parti, in quanto non indica in maniera univoca dei criteri*

Tenendo presente la contingenza storica di crisi che involge l'economia globale, ed il mercato immobiliare in particolare, le S.U. intervengono con decisione procedimentalizzando l'*iter* di formazione del contratto [35], propendendo per una visione dinamica della fase antecedente alla stipula del contratto definitivo.

4. Viene introdotto, a livello giurisprudenziale, un procedimento a formazione progressiva; verrebbe da dire che è stata messa in atto, in considerazione dell'inerzia del legislatore innanzi a fenomeni ormai diffusi nella società contemporanea [36], una parcellizzazione del consenso negoziale manifestato dalle parti ad opera della prassi, di cui i giudici non possono esimersi dal prenderne atto [37]. Ma, forse, è meglio parlare di stratificazione, intesa nel senso che l'accordo si consolida muovendo dal basso verso il livello di un interesse comune condiviso e socialmente rilevante.

Ritornano, quindi, di estrema attualità, e possono tranquillamente estendersi al caso di specie, le considerazioni di un illustre Maestro che evidenziava come «*In senso tecnico la formazione successiva ricorre unicamente quando l'ordinamento giuridico intervenga direttamente a considerare le singole fasi attraverso le quali si forma l'atto, in modo che tali fasi vengano dotate di autonoma rilevanza giuridica: quando cioè in tali momenti sia dato riscontrare una particolare fattispecie, alla quale sia riconosciuta dal diritto una particolare rilevanza ed una particolare efficacia, anche se tale fattispecie sia destinata a rimanere assorbita nello schema più ampio dell'atto definitivo*» [38]. L'A., con queste brevi, ma significative parole, "fotografa" perfettamente la problematica che ci interessa, con l'unica differenza che, in ragione del *vulnus* normativo sull'argomento, fondamentale è divenuto l'intervento integrativo della giurisprudenza, in sostituzione di un legislatore colpevolmente inerte ed in risposta ad una prassi ormai consolidata.

Tornando *in medias res*, alla luce di quanto detto, i giudici avranno il compito (non certo facile) di vagliare caso per caso, in concreto, la meritevolezza degli in-

---

certi e "concreti" per delimitare senza dubbi interpretativi la figura del contratto in questione».

35 In proposito interessanti sono le osservazioni di Ravazzoni, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto,* in *Riv. not.*, 1994, I, 35 ss., 36, in cui l'A. fa notare che «(...) *la formazione del contratto può dar luogo ad un procedimento in senso tecnico, e non ad una fattispecie complessa; procedimento, nel senso di una serie di atti che, per la maggior parte, concorrono alla determinazione dell'atto finale, ma che restano pur sempre esterni al nucleo strutturale dell'atto finale stesso, mentre la fattispecie complessa, a formazione successiva, è caratterizzata da una coordinazione di atti che della fattispecie stessa sono destinati a diventare tutti elementi componenti*».

36 V. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 180, in cui l'A. constata che «*Risponde assai spesso alle necessità economiche ed etiche dei rapporti che si intrecciano nella moderna vita sociale, che il diritto non si limiti a considerare un determinato atto solo quando si sia concluso il processo della sua storica formazione, ma estenda la sua disciplina anche agli stadi intermedi che l'atto attraversa nel suo svolgersi, disponendo regole giuridiche destinate ad applicarsi durante il corso del ciclo formativo. Lo sviluppo attualmente raggiunto dalla tecnica giuridica, fornendo al legislatore i mezzi per disciplinare situazioni che prima sfuggivano ad ogni giuridico controllo, consente di adottare le misure necessarie per provvedere alle dette necessità. Bisogna guardarsi anzitutto dall'assumere il concetto di formazione successiva in un senso troppo indeterminato: si potrebbe pensare, ad esempio, che il fenomeno ricorra ogni qual volta sia possibile distinguere, entro il corpo di una medesima attività, diversi periodi successivi nel tempo. Ma poiché una qualsiasi attività, per quanto di minima durata, è sempre suscettibile in astratto di una distinzione in periodi, il concetto così ottenuto risulterebbe troppo generale e quindi tecnicamente inutilizzabile*».

37 Per un quadro generale della problematica *de qua*, cfr. Stefini, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1230 ss.

38 In tal senso Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 181.

teressi sottesi all'operazione negoziale [39] sottoposta alla loro attenzione al fine di frustrare eventuali intenti fraudolenti [40].

Si è verificata una sorta di "progressiva tipizzazione giurisprudenziale" che ha coniato nuove modalità per il conseguimento dell'accordo definitivo tramite vari passaggi giuridicamente rilevanti, il tutto nel rispetto della massima libertà negoziale possibile, compatibilmente con i principi generali del nostro ordinamento giuridico [41].

La posizione assunta dalla S.C. sembra sgombrare il campo definitivamente da qualsiasi dubbio in relazione alla meritevolezza degli interessi in gioco [42], il semplice distribuire l'operazione negoziale in più stadi non può essere connotato aprioristicamente da disvalore [43], valutato, quindi, negativamente per il sol fatto

---

[39] Sull'argomento v. Benedetti, *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in *Dir. civ. cont.*, 11 maggio 2015, 1 ss., 4-5, ove si evidenzia che «*Perché questi accordi (meglio definibili in senso negativo: non preliminari, non definitivi) possano considerarsi validi, non basta certo che le parti abbiano (e dimostrino di avere) un interesse concreto (circostanza di per sé attestata dalla stessa conclusione dell'accordo, non essendo verosimile che due parti stipulino negozi inutili); occorre un* quid pluris *notoriamente piuttosto impalpabile: che detto interesse appaia anche meritevole di tutela* (...). *Certo la meritevolezza/immeritevolezza dell'interesse finisce con l'appiattirsi sulla sua liceità/illiceità, con la conseguenza che (ma questo è un problema che si pone per tutti i contratti atipici) sarà davvero arduo sanzionare di nullità un accordo procedimentale (non preliminare) siccome «immeritevole»; mentre sarà più facile giungere al medesimo risultato constatando l'impossibilità di determinarne la causa concreta, quando le parti hanno omesso di esternarne le circostanze fondative*».

[40] Appare elevato comunque il rischio di valutazioni giudiziali difformi per casi analoghi. Fondamentale risulterà sul punto l'approccio del giudice che deve essere il più tuziorista ed equo possibile, cosa non sempre semplice. Si possono estendere tranquillamente all'argomento *de quo* le valutazioni di Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, 95-96, il quale fa presente che «*La scelta delle circostanze tipiche e rilevanti avviene* (...) *in base a realtà sostanziali (interessi, principi di morale, ecc.) che nulla hanno a vedere con la realtà formale (relativa) della giustizia. La giustizia esige però che, ove una circostanza sia rilevante, tutta la classe dei casi concreti accompagnati da quella circostanza, subisca una valutazione normativa omogenea. Avviene così, che l'interprete, individuata nella complessa fattispecie la circostanza che determina un particolare atteggiamento della valutazione normativa, non possa interpretare la norma, se non nel senso, che la medesima circostanza determinerà un uguale atteggiarsi del tenore della norma, ogni volta che sarà presente in un'altra fattispecie*».

[41] Appaiono calzanti le osservazioni di Barcellona, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 580 ss., 582, il quale non manca di rilevare che «*In linea di massima l'alternativa è molto semplice: o un intervento legislativo che regoli direttamente e su altre basi i rapporti fra privati, oppure la configurazione, mediante l'elaborazione della dottrina e l'adattamento della giurisprudenza, di forme e strumenti di controllo che non alterino sostanzialmente le strutture giuridiche tradizionali*». L'A. mette in rilievo (583), inoltre, come «(...) *l'ostacolo maggiore ad una chiara e corretta impostazione del problema sia sempre ed essenzialmente il rispetto del principio della libertà contrattuale; o meglio, la difficoltà di coordinare con tale principio ogni forma di intervento e controllo. Si spiega così perché la giurisprudenza, anche quando si è mostrata sensibile al problema, abbia cercato di giustificare il proprio intervento sulla base degli stessi principi che regolano l'autonomia contrattuale*».

[42] Per maggiori approfondimenti sull'argomento cfr. Napoli, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1252 ss.

[43] Concorde sul punto Celeste, *Le dinamiche delle compravendite immobiliari tra "inconcludenti superfetazioni" e "esigenze volte a bloccare l'affare"*, in *Imm. e propr.*, 2015, 416 ss., 421, ove si rileva che «(...) *non v'*è motivo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali graduali, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l*'interesse perseguito, in sé meritevole di tutela, ad una negoziazione consapevole ed informata*». L'A., infatti, fa notare (420) che «*Vi sono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali "minori", ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante, sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente*».

che l'accordo definitivo, lungi dal realizzarsi *uno actu*, tende a configurarsi come un fenomeno plurifasico a carattere procedimentale con efficacia progrediente [44].

Il rapporto finisce, quindi, col consolidarsi tramite una serie di contratti collegati tra loro, ma al contempo indipendenti l'un l'altro, tramite un *iter in progress* lento, ma proficuo, poiché consente alle parti di effettuare tutti i controlli del caso, allo scopo di raggiungere una determinazione il più possibile informata e rispondente alle loro reali esigenze [45].

Evidentemente la nozione di conclusione del contratto tende a diluirsi nel tempo e nello spazio, finendo col sovrapporsi al generico concetto di operazione economica [46].

Il contratto non può essere considerato sempre e comunque un singolo atto; quest'ultimo, infatti, può divenire, a seconda delle esigenze dei contraenti, un fenomeno plurale e liquido, che fonde in sé, come avviene nel caso sottoposto alla nostra attenzione, una pluralità di atti, connessi tra loro che conducono alla stipula di quello definitivo, unico vero scopo dell'operazione negoziale avviata dalle parti.

D'altronde, quando parliamo del concetto di atto, ci rifacciamo ad un momento temporale specifico, prima dell'atto "il nulla", gli effetti modificativi delle sfere giuridiche dei soggetti coinvolti costituiscono solo un *posterius*.

Quando parliamo, invece, di procedimento (ed è questa la terminologia che meglio si adatta alla questione del preliminare aperto), gli effetti giuridici non si producono solo al momento della conclusione dell'ultimo atto, ma costituiscono la sommatoria di una formazione progressiva degli effetti prodotti in ogni singolo stadio in cui è articolato il procedimento stesso.

5. Il modello tradizionale di compravendita si è frantumato, assistiamo ad una flessibilizzazione assiologica del concetto di compravendita che rende articolata ed a geometria variabile la struttura del contratto [47], ciò che conta è il risultato finale

---

44 V. Mazzú, *La funzione del "preliminare aperto" ed il suo regime giuridico*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, *Atti del convegno*, *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2007, 25 ss., 30, il quale giustamente rileva che «(...) *l'esigenza di tutelare l'acquirente, procedimentalizzando la formazione del consenso in tutti i casi in cui essa si concretizza nella sottoscrizione di modelli di proposte contrattuali standardizzate e precostituite da una parte o dal solo mediatore, che le sottopone ad entrambe e non necessariamente su testi inizialmente conformi. La rinascita del formalismo negoziale, che la dottrina più sensibile ha salutato come un segno tangibile dell'accresciuta attenzione alle ragioni dell'acquirente e dell'utente dei servizi in genere, subisce un'incredibile battuta di arresto con l'esaltazione del ruolo del "preliminare aperto", che contraddice l'esigenza di completezza dell'atto nella fase antecedente all'espressione del consenso vincolante, accontentandosi della previsione di una mera nullità c.d. di protezione*».

45 Cfr. Mazzariol, *Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 736 ss., 738.

46 V. Mazzú, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Torino, 2008, 79-80, ove si fa presente che «*Ciò è avvenuto tutte le volte che è divenuto preminente il profilo economico, cioè si è passati dal piano meramente programmatico dell'atto giuridico alla sua capacità di operare il trasferimento di ricchezza da un contraente all'altro. Questa finalità pratica ha consentito di comprendere l'unitarietà dell'attività negoziale (intesa propriamente "come succedersi di atti") finalizzata all'unica operazione economica, anche quando diviene necessario ricorrere a più schemi di negozi, fondendoli o collegandoli tra loro, come nei casi di negozi misti o coordinati*».

47 Cfr. Mazzú, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, cit., 114, il quale aggiunge un *quid pluris* evidenziando che «*Tanto la funzione che il regime giuridico del "preliminare aperto" hanno subito nel tempo un mutamento profondo, sia perché si sono diversificati i modelli di contratto di mediazione rispetto al generico schema codicistico; sia perché il processo di pluralizzazione dei modelli ha toccato i soggetti e gli oggetti del contratto da mediare. La moderna teoria del contratto non può prescindere dalla*

perseguito dalle parti (causa concreta [48]), non lo schema contrattuale o le modalità utilizzate [49].

Sempre più labili diventano i confini tra diritto civile e diritto amministrativo, anche il "procedimento contrattuale" aspira a raggiungere un atto definitivo, conclusivo dello stesso.

La giustificazione potrebbe essere semplice: sempre più invasivi si sono fatti i controlli statali che vanno ad intaccare la piena libertà negoziale dei privati; si pensi ad esempio alle normative in tema di allineamento catastale, edilizia ed urbanistica, o ancora alla necessità dell'attestazione energetica [50], tutte formalità da rispettare anche a pena di nullità, da cui si evince come all'interno del contratto finiscano con l'intrecciarsi interessi privati e pubblici.

Come argutamente evidenziato, quindi, «*Il problema dell'autonomia privata finisce infatti per confondersi, al livello del diritto privato, con il più generale problema dei rapporti tra Stato e cittadini, della dialettica autorità-libertà: esso è, in sostanza, un problema sociale e politico, più ancora che giuridico*» [51].

Da quanto detto finora, un dato appare ormai acquisito: il "procedimento contrattuale" va affrontato tenendo presenti le nuove, molteplici e peculiari esigenze dell'epoca moderna. In tal senso, prezioso è divenuto, in questo mutato modo di accostarsi alla prassi dei traffici immobiliari, lo strumento del contratto preliminare, visto come mezzo di flessibilizzazione degli affari e delle trattative [52].

Assistiamo al passaggio dal "preliminare astratto", inteso come rigida figura istituzionale specificamente individuata dal legislatore, al "preliminare concreto", "colorato" da svariati contenuti, una sorta di contenitore aperto che si riempie in

---

valutazione dell'incidenza che assumono, in genere, i profili soggettivi ed oggettivi del contratto. Con particolare riferimento al contratto di compravendita di immobile, la qualità del bene da vendere e dei soggetti che lo trasferiscono e lo ricevono diventa elemento strutturale (e non un mero accidente eventuale) dell'atto».

48 In tema di "causa concreta", condivisibili appaiono le considerazioni di Busnelli, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1 ss., 6, ove si sottolinea che «*La formula della «causa concreta» recentemente coniata dalla Corte di Cassazione per evidenziare «lo scopo pratico del negozio, al di là del modello astratto utilizzato», se si rifuggirà dal «viverla come una formula magica» ma verrà trattata «come strumento operativo … per produrre giudizi al tempo stesso giusti e tecnicamente ben fondati», potrebbe servire a rifondare la causa del (singolo) contratto come categoria forgiata dal basso dell'esperienza giurisprudenziale*».

49 V. La Rosa, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., 75, la quale fa notare che «*A norma dell'art. 1322 c.c. l'interesse realizzabile mediante il contratto non è solo quello corrispondente alla struttura tipica, ovverosia l'interesse tipizzato, ma è anche un interesse nuovo e diverso, purchè meritevole di tutela. La realizzazione di questi interessi, intercalati nel negozio, si può ottenere sia tramite l'attribuzione di una nuova funzione al tipo già esistente, sia attraverso la creazione di nuovi schemi negoziali. Ciò spiega perché il fulcro della valutazione causale non può che essere l'art. 1322 c.c., il quale guarda all'"interesse" e al "tipo", evidenziando che normalmente ad uno schema tipico corrisponde un interesse tipizzato, ma nulla esclude che le parti inseriscano in quello schema altri interessi e contenuti delineando una nuova traiettoria assiologica di interessi, sui quali deve necessariamente spostarsi la valutazione dell'ordinamento*».

50 Divengono estremamente attuali le considerazioni di Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 189-190, il quale rileva che «*A nostro avviso questa complessa normativa di origine eteronoma vincola e restringe l'autonomia privata fin all'interno e non dunque agendo dall'esterno di essa. Ciò significa che si è in presenza di una funzionalizzazione dei poteri privati che, tendenzialmente, è possibile rilevare in tutti i settori del diritto privato, dall'impresa, al diritto di proprietà e, almeno in potenza, alla stessa iniziativa economica privata* (...)».

51 In tal senso Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, cit., 188.

52 Per maggiori approfondimenti sul punto si rimanda a Stefanelli, *Contratti preliminari di compravendita immobiliare ed esigenza di informazione*, in *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, a cura di R. Cippitani, ISEG Gioacchino Scaduto, Perugia, 2012, 385 ss.

base agli interessi dei privati [53].

Più che parlare, quindi, di un "astratto" preliminare, sarebbe più corretto parlare di "preliminari", l'espressione al plurale, infatti, rende ancora più intelligibile la multiformità del fenomeno analizzato, nonché la sua ampia portata operativa [54].

CARMINE LAZZARO

53 Per un inquadramento generale del fenomeno della "frammentazione" del contratto preliminare, si rinvia a CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1, 98 ss.

54 Cfr. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, 614 ss., 618.

DIRITTO PENALE

TRIBUNALE DI PERUGIA – 2 febbraio 2015 – *Est.* Ciofetti – Po. Ia. Fl.

Individuazione fotografica - Persone - Efficacia probatoria - Buona certezza del riconoscimento effettuato in fase di indagini - Esame dibattimentale - Omessa conferma del precedente riconoscimento fotografico - Inidoneità a fondare la responsabilità del soggetto (c.p.p., artt. 189, 361, 533).

Il giudizio di "buona certezza" espresso in sede di riconoscimento fotografico non è assimilabile a quello di "certezza" che deve caratterizzare il risultato di una individuazione fotografica affinché questa possa essere considerata, anche di per sé sola, prova di responsabilità a carico del soggetto tratto a giudizio (1).

(*Omissis*). L'espletata istruttoria non consente di fondare un giudizio di responsabilità a carico di Po. Ia. Fl.

Alla individuazione del Po. quale autore del tentato furto aggravato di cui si discute si è giunti attraverso le dichiarazioni rese e la ricognizione fotografica eseguita da Ba. Gl. Fu la Ba., infatti, (*Omissis*) a sorprendere due persone che si aggiravano nei pressi del proprio bar (*Omissis*), all'interno della sala giochi, mentre utilizzavano la macchina videopoker manomettendone il funzionamento per percepire vincite doppie rispetto a quelle che sarebbero spettate legittimamente ai giocatori.

A breve distanza dai fatti, la Ba., chiamata ad eseguire una individuazione fotografica, riconosceva, con buona certezza, nell'effigie dell'odierno imputato il volto della persona da lei vista giocare al videopoker. Di qui l'attribuzione al Po. dell'illecito descritto nel capo di imputazione.

In sede di esame dibattimentale, la Ba. non ha confermato la ricognizione fotografica a suo tempo compiuta, non avendo riconosciuto con certezza l'imputato quale autore del furto subito.

Gli esiti della individuazione fotografica eseguita da Ba. Gl. non assurgono a idonea prova di colpevolezza a carico di Po. Ia. Fl.

Il giudizio di "buona certezza" espresso in sede di ricognizione non è assimilabile a quello di "certezza" che deve caratterizzare il risultato di una individuazione fotografica affinché questa possa essere considerata, anche di per sé sola, prova di responsabilità a carico di taluno; ne consegue che le dichiarazioni di Ba. Gl., che non ha riconosciuto il Po. nemmeno in sede dibattimentale, non rappresentano elementi sufficienti per asserire che il Po. sia effettivamente il soggetto che ha posto in essere il furto (*Omissis*).

Il racconto della vicenda offerto in sede di esame dibattimentale dalla persona offesa, dunque, oltre a presentare lacune ed imprecisioni, non offre alcuna certezza

in ordine alla individuazione nell'odierno imputato dell'autore del presunto furto.

Non solo nessuno ha visto materialmente il Po. impossessarsi del denaro contenuto nella macchina videopoker manomettendo il sistema di accensione e spegnimento, ma forti dubbi sorgono anche sulla possibilità di identificare nell'imputato la persona che si trovava all'interno del bar (*Omissis*) nel momento in cui è stato realizzato il fatto illecito. Si impone, pertanto, ai sensi del comma secondo dell'art. 530 c.p.p., l'assoluzione di Po. Ia. Fl. dal reato ascrittogli, per non aver commesso il fatto.

(*Omissis*).

(1) Sull'inefficacia probatoria del giudizio di "buona certezza" della c.d. ricognizione fotografica.

SOMMARIO: 1. *La fattispecie in esame* - 2. *La c.d. ricognizione fotografica tra vecchio e nuovo codice di rito* - 3. *La rilevanza meramente endoprocedimentale dell'individuazione fotografica nella sistematica codicistica* - 4. (Segue): *l'idoneità dimostrativa degli esiti della individuazione fotografica ai fini della pronuncia di condanna nella corrente elaborazione giurisprudenziale*

1. *La fattispecie in esame*

La pronuncia che si annota si occupa dell'interessante, ma, per la verità, non sufficientemente esplorata questione concernente l'efficacia probatoria della c.d. ricognizione fotografica di persone ai fini della pronuncia della penale responsabilità del soggetto tratto a giudizio [1]. Prima di trattare dei più rilevanti aspetti problematici posti dal *thema decidendum* anche alla luce di un esame comparativo condotto rispetto alla disciplina processuale previgente, si impone una brevissima contestualizzazione dei fatti per cui è processo.

Chiamato a rispondere del reato di furto aggravato sulla base, essenzialmente, della ricognizione fotografica eseguita dalla persona offesa nell'immediatezza dei fatti, all'esito del giudizio l'imputato è assolto, ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p., per non aver commesso il fatto di reato ascrittogli. Più in dettaglio, ad avviso del Giudicante, gli esiti dibattimentali della eseguita individuazione fotografica «non assurgono a idonea prova di colpevolezza» a carico del prevenuto.

Quantunque, «a breve distanza dai fatti», l'offeso dal reato — chiamato ad eseguire una individuazione fotografica — avesse riconosciuto, con "buona certezza", nell'immagine dell'indiziato (poi imputato) il volto del soggetto che aveva posto in essere l'azione delittuosa, nel corso del successivo esame dibattimentale il primo non ha confermato la ricognizione fotografica a suo tempo compiuta, dichiarandosi non in grado di riconoscere con certezza l'imputato quale autore del furto subito.

Di qui la perentoria affermazione del condivisibile principio di diritto secondo cui «il giudizio di "buona certezza" espresso in sede di ricognizione non è assimila-

[1] Cfr., al proposito, la pregevole definizione fornita da ALTAVILLA, *Il riconoscimento e la ricognizione delle persone e delle cose*, Roma, 1934, 9, il quale così si esprimeva: «"Riconoscimento" è giudizio di identità tra una percezione presente ed una passata. Si riconosce una persona od una cosa, quando, vedendola, si ricorda di averla precedentemente vista. Se tale giudizio si riferisce ad una cosa od una persona che occorre "giudiziariamente riconoscere" si ha la "ricognizione"».

bile a quello di "certezza" che deve caratterizzare il risultato di una individuazione fotografica affinché questa possa essere considerata, anche di per sé sola, prova di responsabilità a carico di taluno».

È, dunque, al tema dei rapporti intercorrenti tra individuazione fotografica eseguita in sede di indagini e successivo riconoscimento operato in udienza da parte della persona offesa — d'uso invalso nella prassi delle Aule giudiziarie — che ci si soffermerà più diffusamente nel prosieguo, per poi dedicarsi, nella parte finale della presente indagine, ad esaminare la valenza probatoria assegnata al secondo ai fini della affermazione (o esclusione) della penale responsabilità.

2. *La c.d. ricognizione fotografica tra vecchio e nuovo codice di rito*

Disciplinata dall'art. 361 c.p.p. nell'ambito delle attività tipiche del pubblico ministero, l'individuazione di persone, di cose o di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale [(2)] è, secondo il dettato normativo, strettamente correlata alle finalità investigative del rappresentante della pubblica accusa [(3)]. A tale conclusione esegetica induce, inequivocabilmente, l'esplicito inciso iniziale contenuto nel primo comma della disposizione sovra citata («quando è necessario per la immediata prosecuzione delle indagini»). Quale *species* del *genus* individuazione si pone la c.d. individuazione fotografica espressamente contemplata dall'art. 361, comma 2, c.p.p., a tenore del quale «le persone, le cose e gli altri oggetti sono presentati ovvero [per l'appunto] sottoposti in immagine a chi deve eseguire la individuazione» [(4)].

Benché sia destinataria — a differenza del codice previgente — di una propria autonoma collocazione sistematica, la categoria della c.d. ricognizione fotografica non ha mancato di sollevare tutta una serie di problematiche interpretative di cui si tenterà di dar conto, non prima di avere, tuttavia, ricostruito l'ampio dibattito che aveva impegnato dottrina e giurisprudenza sotto il codice del 1930. Con l'avvertenza che a tale prospettiva d'indagine induce non una mera finalità speculativa, quanto piuttosto la necessità di comprendere, anzitutto, i fondamentali snodi

---

[2] Per una disamina di ampio respiro sul tema, cfr. Paola, *Individuazione di persone e di cose*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 374.

[3] V., al riguardo, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. III "*Indagini preliminari e udienza preliminare*", a cura di Garuti, Torino, 2009, 326; Triggiani, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, Milano, 1998, 233.

In tal senso, cfr. anche la *Relazione al progetto preliminare del 1988*, in Conso-Grevi-Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 858, ove si ipotizzava espressamente che «il p.m. si [sarebbe avvalso] dell'art. 361 [c.p.p.] solo nella prima fase delle indagini ad evitare che la necessità di compimento dell'atto possa incidere sul convincimento del giudice in occasione della valutazione degli esiti della eventuale, successiva ricognizione. La genericità della norma è, pertanto, intenzionale, perché, anche qui, si è voluto evitare qualsiasi "tipizzazione" delle individuazioni ed evidenziare che esse possono essere compiute solo quando è necessario per la immediata prosecuzione delle indagini».

[4] Si vedano, al riguardo, specialmente, gli studi di Andolina, *Individuazione di persona "in immagine" e successivo riconoscimento informale*, in *Indice pen.*, 2012, 561 e Di Chiara, *Individuazione fotografica e ricognizione di persona: profili problematici ed aspetti interpretativi tra l'eredità del codice Rocco e il dibattito* de iure condendo, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 616. Sotto il codice del 1930, cfr., invece, Dean, *In tema di «libertà» e «tassatività» delle forme nell'acquisizione probatoria (a proposito delle «ricognizioni fotografiche»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 826; Ramajoli, *Le ricognizioni fotografiche e il loro valore nel sistema processuale penale*, in *Cass. pen.*, 1981, 269; Soggiu, *Sul valore probatorio delle ricognizioni fotografiche nell'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 428; Tranchina, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, *ivi*, 1963, 1005; Voena, *Ricognizione fotografica e garanzia del contraddittorio*, *ivi*, 1975, 1013.

della elaborazione legislativa per, poi, soffermarsi, *ratione cognita*, sulle principali problematiche poste dall'interpretazione sistematica successiva alla promulgazione dell'attuale codice di rito.

Sul tema dell'efficacia probatoria della c.d. ricognizione fotografica, ossia a dire del «riconoscimento su immagine svincolato dalle formalità previste dagli [attuali] artt. 213 ss. c.p.p.» [5], si è a lungo disquisito tanto in dottrina quanto in giurisprudenza nel vigore del codice del 1930 [6]. In difetto di una apposita previsione legislativa — non casuale, peraltro, ma intenzionale [7] — alle aperture giurisprudenziali in merito alla riconducibilità del riconoscimento fotografico dell'autore del reato tra le fonti di convincimento del giudice si era, invero, fermamente opposta la dottrina maggioritaria che ne aveva rilevato l'illegittimità.

In estrema sintesi. Da un lato, si poneva l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, stando al quale il principio del libero convincimento del giudice in uno con quello di non tassatività dei mezzi di prova legittimavano l'inclusione della c.d. ricognizione fotografica effettuata nel corso delle indagini preliminari nel novero dei mezzi di prova utilizzabili dal giudice ai fini del decidere. Chiarivano, a tale proposito, i giudici della Suprema Corte che il riconoscimento mediante effigie fotografica doveva connotarsi per l'assoluta certezza del risultato probatorio offerto, da vagliarsi alla luce di ulteriori ed adeguati riscontri probatori [8]. La sostanziale autonomia della c.d. ricognizione fotografica rispetto alla ricognizione tipica svincolava la prima dal rispetto e delle garanzie formali previste dall'art. 360 c.p.p. 1930 [9] e delle garanzie difensive di cui agli artt. 304 *bis*, 304 *ter* e 304 *quater* c.p.p. 1930 [10]. Come si è rilevato in modo assai incisivo, «la ricognizione "atipica" (fotografica), in quanto non espressamente vietata, doveva ritenersi ammessa» ma, «trattandosi […] di una prova che esulava dagli schemi normativi precostituiti, non avrebbero potuto esserle applicate quelle garanzie inerenti al solo compimento

---

[5] Per tale definizione, Triggiani, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., 191.

[6] Non a caso si è parlato, in proposito, di un «concentrato di contraddizione dei principi e delle regole del codice di rito» di proporzioni tali che «tentare di venirne a capo è [parso] del tutto illusorio», scontrandosi «concezioni [sfuggenti] a qualsiasi intento di razionalizzazione» (in questi termini, Melchionda, Sub *art. 216 c.p.p.*, in Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 554).

[7] «Qualcuno ha consigliato di assegnare valore probatorio alle ricognizione per mezzo di fotografie. Non si nega che un riconoscimento fotografico possa contribuire alla prova, ma non si può assegnare ad esso efficacia di riconoscimento formale […], troppe note essendo, a tacer d'altro, la possibilità e la facilità di abilissimi trucchi fotografici» (così come si legge nella *Relazione del guardasigilli sul progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. X, Roma, 1930, 50).

[8] Cfr., tra le tante, Cass., sez. I, 27 febbraio 1990, Acquaro, in *Riv. pen.*, 1991, 103; Id., sez. I, 19 dicembre 1987, Resta, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 826, con nota di Dean, *In tema di «libertà» e «tassatività» delle forme nell'acquisizione probatoria*, cit.; Id., sez. I, 11 giugno 1987, Di Maria, *ibidem*, 428, commentata da Soggiu, *Sul valore probatorio delle ricognizioni fotografiche*, cit.; Id., sez. II, 7 dicembre 1985, Soccodato, in *Cass. pen.*, 1987, 1206; Id., Sez. I, 26 febbraio 1979, Lo Presti, *ivi*, 1981, 267, a margine della quale Ramajoli, *Le ricognizioni fotografiche*, cit., *ibidem*, 269.

[9] Sostanzialmente analoghe a quelle previste dagli attuali artt. 213 e 214 c.p.p. Per un esame comparato delle due disposizioni, cfr. Melchionda, Sub *art. 213 c.p.p.*, in Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 537-539.

[10] Concernenti, rispettivamente, l'assistenza difensiva all'atto (art. 304 *bis* c.p.p. 1930), l'avviso preventivo al compimento dell'atto (art. 304 *ter* c.p.p. 1930) e il successivo deposito in cancelleria degli atti relativi alle operazioni compiute con facoltà, per il difensore, di esaminarli ed estrarne copia (art. 304 *quater* c.p.p. 1930).

dell'atto formale» [11].

Dall'altro lato, la dottrina, nel sottoporre a serrata critica il ragionamento accolto in via giurisprudenziale ed, in particolare, la pretesa sussistenza nell'ambito dell'ordinamento processualpenalistico allora vigente del principio di libertà dei mezzi di prova, ha escluso la legittimità della c.d. ricognizione fotografica [12]. Due, in particolare, le principali censure mosse al riguardo, attinenti, rispettivamente, alla fisionomia normativa della ricognizione personale e all'omessa previsione delle garanzie difensive. Si è, infatti, per un verso, sottolineato che, mancando nella c.d. ricognizione fotografica la presenza fisica del soggetto da riconoscere, verrebbe a difettare «il nucleo della fattispecie», cosicché un tale atto, lungi dall'integrare nemmeno «una parvenza di ricognizione», dovrebbe configurarsi come un atto giuridicamente «inesistente» [13]. Quanto all'omessa previsione di garanzie difensive, posto che l'assistenza difensiva è espressamente prevista per tutti quegli atti aventi un qualche valore probatorio all'interno del processo, ci si è chiesti criticamente quale fosse «la ragione per cui dovrebbe essere accompagnata da siffatte garanzie la ricognizione di persona e non [anche] quella fotografica» [14].

Tanto necessariamente premesso, ben può delinearsi, sia pure sinteticamente, l'attuale configurazione normativa della c.d. ricognizione fotografica, per poi soffermarsi, nei paragrafi a seguire, sull'efficacia codicistica alla stessa riconosciuta, sull'attitudine probatoria assegnatale nella corrente elaborazione giurisprudenziale e, da ultimo, sulla soluzione interpretativa fatta propria dalla pronuncia in commento.

Come si è già accennato, il riconoscimento in immagine è, ora, ascrivibile alla categoria della individuazione fotografica, delineata dall'art. 361, commi 1 e 2, c.p.p. alla stregua di un vero e proprio atto di indagine finalizzato alla «immediata prosecuzione delle indagini» e, in quanto tale, sprovvisto di efficacia probatoria ai fini della pronuncia dibattimentale.

Di qui l'inevitabile differenziazione rispetto alla ricognizione formale, disciplinata, invece, dagli artt. 213 e ss. c.p.p. nell'ambito del titolo II del libro III del codice di rito disciplinante i mezzi di prova [15].

---

[11] Così Triggiani, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., 193.

[12] In tal senso si sono espressi Dean, *In tema di «libertà» e «tassatività» delle forme nell'acquisizione probatoria*, cit., 834 ss.; Tranchina, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, cit., 1007; Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, 198 ss.

[13] Per tale opinione, cfr. Tranchina, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, cit., 1007.

[14] Cfr., al riguardo, G. Pansini, *Le ricognizioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1983, 683, nonché Zappalà, *Il principio di tassatività*, cit., 208.

[15] In argomento, cfr., *ex multis*, Bernasconi, *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Torino, 2003, *passim*; Bontempelli, *La ricognizione*, in Ferrua-Marzaduri-Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 479; Capitta, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Milano, 2001, *passim*; D. Curtotti Nappi, *La ricognizione*, in Gaito (diretto da), *La prova penale*, vol. II "*Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*", Torino, 2008, 621; Melchionda, *Ricognizioni e confronti*, in Chiavario-Marzaduri (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, vol. III "*Le prove*", tomo II "*I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*", Torino, 1999, 259; Moscarini, *Ricognizione (proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1; C. Pansini, *Le ricognizioni*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II "*Prove e misure cautelari*", tomo I "*Le prove*", a cura di Garuti, Torino, 2009, 209; Paola, *Ricognizioni*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, 218; Priori, *La ricognizione di persone: dal modello teorico alla prassi applicativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 365; Triggiani, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., *passim*.

Quantunque l'individuazione fotografica sia, al pari degli atti ricognitivi tipici (di persone, cose, voci, suoni e di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale di cui agli artt. 213-217 c.p.p.) e del riconoscimento di documenti operato dalle parti private o dai testimoni al fine di verificarne la provenienza (art. 239 c.p.p.), inquadrabile nel più ampio *genus* degli atti processuali di riconoscimento [(16)], evidente è la diversa natura giuridica — rispettivamente ascrivibile al mezzo di prova-ricognizione e allo strumento investigativo-individuazione fotografica — e, conseguentemente, la differente efficacia probatoria a ciascuno dei due connessa.

Sulla questione da ultimo citata — oggetto del pronunciamento del Giudice perugino — ci si soffermerà nei successivi paragrafi, onde verificare la congruità della soluzione adottata rispetto agli esiti della più accreditata interpretazione giurisprudenziale in materia.

3. *La rilevanza meramente endoprocedimentale dell'individuazione fotografica nella sistematica codicistica*

Quanto all'efficacia dell'individuazione fotografica in ambito processuale, la sistematica codicistica dovrebbe indurre a ritenere che tale atto investigativo non possieda alcuna valenza probatoria, trattandosi — come si è già rilevato — di «un puro atto investigativo finalizzato ad orientare le indagini preliminari e non ad acquisire prove utilizzabili a dibattimento» [(17)].

Da tanto dovrebbe, poi, conseguire l'attribuzione all'atto in discorso di una rilevanza meramente endoprocedimentale [(18)], quale elemento probatorio idoneo a concorrere, al pari di tutti gli altri atti d'indagine, ad orientare le scelte d'azione proprie del pubblico ministero ed ancora quale atto utilizzabile nell'ambito di un eventuale procedimento *de libertate*, in sede di udienza preliminare ed in caso di definizione della regiudicanda mediante uno dei riti speciali alternativi e deflattivi del dibattimento [(19)].

---

[16] Per tale impostazione dogmatica, in particolare, Capitta, *Ricognizioni e individuazioni di persone*, cit., 3 ss.

Per una efficace definizione di sintesi della condotta ricognitiva, cfr. Cordero, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2012, 768-769, secondo cui «nell'operazione ricognitiva qualcuno viene guidato a percepire qualcosa: e ripensando quel che aveva percepito in un dato contesto, compara le due esperienze». Ben può dirsi, dunque, secondo l'A., che «"riconoscere", nel senso in cui coniugano tale verbo gli artt. 213-217, designa eventi mentali a tre frasi: N è guidato a percepire x; e ripensa y, che aveva percepito; comparati x e y, stabilisce se collimino o differiscano».

[17] In questi esatti termini, Varone, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, in *Giur. merito*, 2008, 2939.

[18] Cfr., per tutti, Manzione, *L'attività del pubblico ministero*, in Aimonetto (coordinato da), *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, in Chiavario-Marzaduri (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1999, 272.

[19] Per tale esemplificazione di sintesi, cfr. Varone, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, cit., 2941, il quale accenna, altresì, alla possibilità di ricorrere al meccanismo della lettura dibattimentale *ex* artt. 512, 238, comma 3, e 511 *bis* c.p.p. qualora, per fatti e circostanze sopravvenute e imprevedibili, ne divenga impossibile la ripetizione. L'A. ricorda, inoltre, come, secondo un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'individuazione fotografica possa essere utilizzata anche ai fini delle contestazioni dibattimentali, posto che l'atto di individuazione si risolve in una dichiarazione rilasciata dal ricognitore assimilabile alle sommarie informazioni testimoniali *ex* art. 362 c.p.p. (*ibidem*, 2941). Al proposito, cfr., *ex multis*, Cass., sez. V, 21 ottobre 2010, M.P., in *Cass. pen.*, 2011, 4383; Id., sez. IV, 25 febbraio 2009, P.G., in *Mass. Uff.*, 243212; Id., sez. VI, 6 aprile 2000, La Vardera, in *Cass. pen.*, 2001, 922; Id., sez. I, 15 giugno 1994, Sannino, *ivi*, 1996, 190, con nota critica di Molinari, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*. *Contra*, cfr., tuttavia,

L'efficacia meramente endoprocedimentale e la tendenziale irrilevanza probatoria dell'individuazione fotografica giustificano, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale [20], la configurazione normativa dell'individuazione fotografica quale atto a forma libera svincolato dalle rigide forme prescritte per la ricognizione dagli artt. 213 ss. c.p.p., nonché l'inclusione tra gli atti non garantiti per i quali non è richiesta l'assistenza del difensore.

L'individuazione, ed in special modo quella fotografica, non sarebbe, dunque, a rigor di codice, espletabile né reiterabile a dibattimento (se già effettuata in fase d'indagine), considerato che il legislatore ha espressamente disciplinato il corrispondente mezzo di prova (la ricognizione *ex* artt. 213 ss. c.p.p.), garantendo il rispetto delle relative forme con la sanzione processuale della nullità. Il condizionale — come si vedrà di qui a breve — è, in questo caso, più che mai d'obbligo.

4. (Segue): *l'idoneità dimostrativa degli esiti della individuazione fotografica ai fini della pronuncia di condanna nella corrente elaborazione giurisprudenziale*

Nonostante l'assoluta chiarezza del dato legislativo, la giurisprudenza di legittimità — esclusa, peraltro, una irripetibilità intrinseca dell'atto tale da giustificarne l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento *ex* art. 431 c.p.p. [21] — tende a le-

---

la recente Cass., sez. V, 16 ottobre 2013, C.A. e altro, in *Mass. Uff.*, 258944, secondo cui i verbali di individuazione fotografica non possono acquisirsi al dibattimento, neanche per il tramite delle contestazioni, ma l'esame testimoniale del soggetto che ha proceduto alla individuazione può riguardare anche le modalità con cui la stessa sia stata compiuta. In senso particolarmente critico in dottrina, Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1743 ss.

[20] Ci si riferisce a Corte cost., 12 giugno 1991, n. 265, in *Giur. cost.*, 1991, 2136, pronuncia con la quale il Giudice delle leggi, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 364 c.p.p. sollevata nella parte in cui non prevede che la relativa disciplina si applichi anche alla individuazione cui debba partecipare la persona sottoposta alle indagini, ha ritenuto non sussistente «alcuna violazione del principio di paritaria partecipazione dell'accusa e della difesa al processo proprio in ragione della funzione non probatoria dell'atto». Più in dettaglio, secondo la Consulta, posto che l'individuazione si sostanzia in «un puro atto d'indagine finalizzato ad orientare l'investigazione, ma non ad ottenere la "prova"», «non può dirsi violato né il diritto di difesa dell'indagato, né il principio di parità delle parti, ben potendo il legislatore graduare l'assistenza difensiva in funzione del rilievo conferito all'atto». In senso fortemente critico, Cordero, *Procedura penale*, cit., 773: «Rivive l'istruzione sommaria, nella forma più inquisitoriamente arcigna, prima che vi mettessero piede i difensori: norma invalida, quindi, sebbene C. cost. 12 giugno 1991, n. 265 lo neghi con fiochi eufemismi. Questi atti ricognitori non sono puri espedienti investigativi: consumato l'effetto psicologico, svuotano l'eventuale messinscena allestita poi; forniscono materiale dialettico alle escussioni (art. 500), influendo sulla decisione; penetrano nel dibattimento, mediante lettura del verbale, ogniqualvolta risulti impossibile ripeterli, a causa d'eventi imprevedibili (art. 512); e ripetuti, dicono poco; l'autentico apporto cognitivo sta nell'originale».

[21] Nell'escludere l'irripetibilità dell'individuazione fotografica dell'imputato effettuata in sede di indagini, la Cassazione ha ritenuto che, diversamente opinando, «qualsiasi atto compiuto durante le indagini preliminari potrebbe essere raccolto nel fascicolo del dibattimento, dato che è costantemente immanente il pericolo che il decorso del tempo vanifichi la genuinità delle prove» (così Cass., sez. I, 15 giugno 1994, Sannino, cit. e, più di recente, Id., sez. V, 16 ottobre 2013, C.A., in *Mass. Uff.*, 258944; *contra*, tuttavia, Cass., sez. II, 11 maggio 2010, S.S., in *Cass. pen.*, 2011, 3955; Id., sez. II, 30 aprile 1996, Desimone, *ivi*, 1997, 2818; Id., sez. II, 10 giugno 1994, Levak, *ivi*, 1995, 1293, secondo le quali, viceversa, i verbali di riconoscimento rientrano nel novero degli atti che possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. b), c.p.p.). In dottrina, cfr., specialmente, Ferrua, *La revisione del codice del 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge-delega*, in Id., *Studi sul processo penale*, vol. II "*Anamorfosi del processo accusatorio*", Torino, 1992, 148, il quale evidenzia che «l'irripetibilità *ex* art. 431 c.p.p. non può intendersi in senso meramente funzionale (altrimenti, anche i confronti e persino le testimonianze sarebbero irripetibili)».

gittimare, ritenendole valide e processualmente utilizzabili, non solo la prassi del c.d. riconoscimento informale dell'imputato presente operato in udienza nel corso dell'esame testimoniale [22], ma anche l'uso — invalso nella quotidianità d'udienza — di chiedere, in sede dibattimentale, all'autore dell'individuazione fotografica effettuata in sede di indagini conferma dell'atto ricognitivo precedentemente compiuto [23].

Ed invero, è costante l'orientamento della Suprema Corte — richiamato implicitamente anche dalla decisione in commento — secondo cui l'individuazione fotografica effettuata nel corso delle indagini preliminari possa costituire elemento idoneo a fondare il convincimento del giudice. Più in dettaglio, la Cassazione ha avuto modo di chiarire che il riconoscimento personale da parte del testimone può perfezionarsi non solo attraverso una formale ricognizione di persona, ma anche per il tramite dell'osservazione diretta dell'interessato presente nel corso dell'esame del dichiarante ed, infine, mediante, appunto, l'esibizione (e successiva conferma) dell'effigie fotografica dell'individuando [24]. La *species* ricognitiva da ultimo menzionata si lascia apprezzare all'interprete e, più in generale, ad ogni operatore del diritto come un dato probatorio (anzi, più precisamente come una prova atipica [25]), la cui affidabilità non deriva tanto dal riconoscimento in sé, quanto, piuttosto, dalla credibilità della deposizione di chi, avendo già esaminato, in fase di indagini, la fotografia dell'imputato, si dichiari certo, magari a notevole distanza di tempo, della sua identificazione anche nel corso della deposizione testimoniale dibattimentale [26].

Ne consegue che, come nel caso che ci occupa, una volta reso dubbio il dato di partenza — cioè a dire la stessa certezza del riconoscimento in capo alla persona che vi provveda — l'atto perde quella idoneità a costituire valido supporto utile a fondare il convincimento del giudice, ponendosi al di sotto della soglia probatoria utile per superare il ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p. [27].

---

[22] Cfr. Cass., sez. VI, 27 gennaio 2015, D.S.M., in *Mass. Uff.*, 262908; Id., sez. IV, 27 maggio 2004, Taulant, *ivi*, 229086; Cass., sez. IV, 4 febbraio 2004, Pantaleo, *ivi*, 228043; Id., sez. V, 30 settembre 2002, Cammarata, in *D&G*, 2002, 46, 78; Id., sez. II, 28 febbraio 1997, Falco, in *Cass. pen.*, 1998, 1737; Id., sez. II, 15 novembre 1996, Lombardi, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 370; Id., sez. IV, 1° febbraio 1996, Santoro, in *Cass. pen.*, 1998, 912. Sul fenomeno, cfr., in dottrina, Barba, *Il valore probatorio del c.d. "riconoscimento informale": il fine giustifica i mezzi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 331; Galbusera, *Note sul riconoscimento informale all'udienza dibattimentale*, in *Giust. pen.,* 1995, III, c. 462; Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1737.

[23] Tra le tante, Cass., sez. IV, 21 febbraio 2013, J.R., in *Mass. Uff.*, 258173; Id., sez. VI, 27 novembre 2012, A.B., *ivi*, 253910; Id., sez. II, 16 ottobre 2012, A.S. ed altri, *ivi*, 254353; Id., sez. V, 6 aprile 2011, P.C., *ivi*, 250193; Id., sez. VI, 5 dicembre 2007, M.T., *ivi*, 239416; Id., sez. II, 28 ottobre 2003, Tortora, in *Riv. pen.*, 2004, 1262; Id., sez. V, 15 febbraio 2001, Lionetti, in *Guida dir.*, 2001, 43, 84; Id., sez. II, 10 giugno 1994, Levak, cit.

[24] Fermo restando che, nonostante la riconosciuta ammissibilità di tutti tali mezzi di prova, deve ritenersi «sul piano generale la prevalente affidabilità della ricognizione, posto che il legislatore l'ha disciplinata con modalità esecutive e garanzie che ne fanno la modalità più efficiente e sicura di stabilire l'identificazione» (in termini, Cass., sez. VI, 8 ottobre 2014, B.F. e altri, in *Mass. Uff.*, 261247).

[25] In generale, in argomento, Tonini-Conti, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano, 2014, 196 ss.

[26] Nel senso che «l'individuazione in dibattimento dell'autore del reato costituisce una prova atipica la cui affidabilità non deriva dal riconoscimento in sé, ma dalla credibilità della deposizione di chi si dica certo della identificazione», cfr., tra le molte, Cass., sez. VI, 28 maggio 2013, L.L. e altri, in *Mass. Uff.*, 257393; Id., sez. VI, 27 novembre 2012, A.B., cit.; Id., sez. V, 10 febbraio 2009, Paluca, in *Mass. Uff.*, 244197; Id., sez. II, 28 ottobre 2003, Tortora, cit.

[27] Si veda, al riguardo, ad esempio, l'orientamento espresso da Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, A.B., cit., nella quale si afferma, testualmente, che «nel riconoscimento fotografico la certezza della prova non

È a questo filone interpretativo che si ispira chiaramente il Giudice perugino nella pronuncia che qui si annota, laddove afferma, perentoriamente, che «gli esiti della individuazione fotografica eseguita da[lla persona offesa] non assurgono a idonea prova di colpevolezza» a carico dell'imputato, posto che, in sede di esame dibattimentale, la prima «non ha confermato la ricognizione fotografica a suo tempo compiuta, non avendo riconosciuto con certezza l'imputato quale autore del furto subito» [(28)]. Di qui l'enunciazione della *regula iuris* secondo cui «il giudizio di "buona certezza" espresso in sede di ricognizione non è assimilabile a quello di "certezza" che deve caratterizzare il risultato di una individuazione fotografica affinché questa possa essere considerata, anche di per sé sola, prova di responsabilità a carico di taluno».

Nonostante le perplessità suscitate dalla inedita figura — e la si definisce volutamente così proprio in quanto estranea al lessico normativo quantunque ampiamente "collaudata" in sede giurisprudenziale — della c.d. ricognizione fotografica effettuata in sede di indagini oggetto di una successiva dichiarazione confermativa dibattimentale [(29)] e a tacere della ineludibile "forza pregiudicante" dell'individua-

discende dal riconoscimento come strumento probatorio ma dall'attendibilità risultante dalla deposizione di chi, avendo esaminato la foto dell'imputato, si dica certo della sua identificazione e ciò soprattutto quando questa venga confermata al giudice». Da tanto consegue che, una volta reso dubbio il dato di partenza, cioè quello della stessa certezza del riconoscimento in capo alla persona che vi provvede, l'atto perde l'idoneità a costituire valido supporto per superare il ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p. In senso conforme, Cass., sez. II, 16 ottobre 2012, A.S. ed altri, cit., ove si legge che «il giudice di merito può trarre il proprio convincimento da ogni elemento indiziante o di prova e, quindi, anche da ricognizioni non formali e riconoscimenti fotografici […]», ma «una efficacia così risolutiva ad un accertamento operato dalla polizia giudiziaria, senza la presenza della difesa tecnica dell'imputato, in tanto [può] essere tale, determinante, ed anche in mancanza di ulteriori elementi estrinseci, in quanto abbia caratteri di assoluta certezza».

[28] Così come si legge nel *corpus* motivazionale della pronuncia in commento.

[29] Sottolinea, in modo particolarmente efficace, Triggiani, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, cit., 199 che «se le disposizioni di legge hanno un senso, la rigorosa disciplina dettata dal legislatore per la ricognizione […] ha proprio lo scopo di escludere, e perciò di vietare, la ricognizione fotografica: diversamente opinando, la presenza di una meticolosa regolamentazione della ricognizione personale dovrebbe ritenersi *tamquam non esset*». In modo ancóra più esplicito, il medesimo A. qualifica, espressamente, «inammissibile la deposizione testimoniale "a conferma" di una individuazione eseguita nel corso delle indagini preliminari», richiamando, a sostegno di tale conclusione esegetica, le considerazioni espresse a tale proposito da lungimirante giurisprudenza di merito secondo cui: a) «nel sistema del nuovo c.p.p. non è mai consentita una richiesta di conferma di un atto di indagine»; b) «si tratterebbe di una testimonianza su un atto del procedimento, esterna, in quanto tale, all'oggetto della prova testimoniale fissato dal combinato disposto degli artt. 187 e 194, comma 1, c.p.p.» (*ibidem*, 258). Sul punto, si vedano anche Cantone, *Le ricognizioni informali di cose diventano atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1995, 1296, secondo il quale legittimare una prova testimoniale avente ad oggetto la conferma di riconoscimenti operati innanzi alla polizia giudiziaria implica «una pericolosa messa in discussione del principio, basilare per il nuovo codice, che la prova si forma al dibattimento», con conseguente «recupero di atti di indagine che avrebbero dovuto restare nel fascicolo del p.m. e non avere alcun valore per il processo dibattimentale» e Varone, *La metamorfosi inquisitoria dell'individuazione fotografica*, cit., 2943, ad avviso del quale «la circostanza che il nuovo codice di rito abbia scelto di non introdurre un *numerus clausus* delle prove penali, ammettendo, al contrario, la possibilità che le parti possano richiedere e il giudice disporre l'ammissione di prove non disciplinate dalla legge […] non può avere il diverso significato di consentire che allorquando la prova sia, invece, disciplinata dalla legge, essa possa essere assunta in totale violazione delle forme prescritte dalla medesima, quasi fossero *tamquam non essent*».

A parte si pongono le perplessità manifestate in generale dalla dottrina in ordine all'idoneità intrinseca dello strumento fotografico «a far conseguire la certezza del caso concreto» (così Tranchina, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, cit., 1008). Sulla questione, sotto la vigenza del codice abrogato, ma con considerazioni senz'altro valide tutt'ora, inoltre, Dean, *In tema di «libertà»*

zione fotografica già effettuata [30], non può non condividersi la soluzione valutativa accolta dall'Organo Giudicante.

In altri termini, nonostante la peculiare commistione di un atto tipicamente investigativo dotato di una efficacia sua propria (l'individuazione fotografica di cui all'art. 361, comma 2, c.p.p.) con un mezzo di prova provvisto di un proprio oggetto specifico (la testimonianza disciplinata dall'art. 194 c.p.p.) [31], la conclusione interpretativa (fondata sulla dicotomia dei criteri valutativi di cui s'è detto) fatta propria dal Giudice monocratico pare l'unica processualmente ammissibile.

ERICA FARINELLI

e «tassatività» delle forme nell'acquisizione probatoria, cit., 838, il quale richiamava il rischio di possibili «alterazioni somatiche ed espressive» dipendenti da «fattori tecnici», nonché la circostanza che «la fotografia, diversamente da un'immagine percepita *de visu*, propone quasi sempre una "versione" del soggetto rappresentato inattuale o, comunque, diversa da quella che il medesimo assumeva al momento del fatto, sia per la mera accessorietà di specifici elementi di identificazione (per es., barba, baffi ecc.), sia per i mutamenti fisionomici, e talora morfologici, che possono essere intervenuti tra il momento in cui essa venne scattata e quello in cui si effettua la ricognizione». In senso analogo, si veda anche RAMAJOLI, *Le ricognizioni fotografiche*, cit., 270.

[30] Ci si riferisce al rischio insito nel compimento di una preventiva individuazione fotografica a pregiudicare l'attendibilità di una futura successiva ricognizione. Sul punto, si vedano, tra gli altri, ANDOLINA, *Individuazione di persona "in immagine" e successivo riconoscimento informale*, cit., 563; BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., 126, il quale ha plasticamente evidenziato come la precedente individuazione fotografica «proiett[i] un cono d'ombra sull'attendibilità del corrispondente mezzo di prova»; CESARI C., *Individuazione e dibattimento: limiti e rischi dell'uso a fini contestativi dell'atto d'indagine*, in *Crit. dir.*, 1995, 145, secondo la quale alle individuazioni devono ascriversi «potenzialità distruttive per l'attendibilità delle ricognizioni che vengono svolte in seguito»; FERRUA, *La revisione del codice del 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge-delega*, cit., 147, il quale ha definito i riconoscimenti di persona come «atti la cui attendibilità tende a zero con la ripetizione»; MELCHIONDA, Sub *art. 216 c.p.p.*, cit., 555, secondo cui la ricognizione fotografica è destinata a «condizionare il buon andamento di una formale ricognizione personale *ex* artt. 213 e 214 [c.p.p.], quanto meno in chiave di minore attendibilità del soggetto attivo che fondatamente apparirà definitivamente fuorviato dalla ricognizione fotografica intermedia»; RIVELLO, Sub *art. 361 c.p.p.*, in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 1214 ha parlato, al proposito, di una «irripetibilità "psicologica" dell'atto di individuazione». Vigente il codice abrogato, si vedano, al proposito, DEAN, *In tema di «libertà» e «tassatività» delle forme nell'acquisizione probatoria*, cit., 839; G. PANSINI, *Le ricognizioni nel processo penale*, cit., 696; TRANCHINA, *Il valore probatorio del riconoscimento di persone mediante fotografia*, cit., 1009; VENITUCCI, *Il valore probatorio della ricognizione mediante fotografia*, in *Arch. ric. giur.,* 1965, 787.

[31] Detto diversamente e in modo assai efficace, «equiparare *tout court* l'indicazione di una persona presente ad opera del testimone ad una dichiarazione testimoniale significa obliterare la differenza specifica tra i due atti i quali sottostanno entrambi ad una propria disciplina normativa che tiene conto del loro diverso valore conoscitivo» (in questi termini, CAMPO, *Appunti in tema di ricognizione e «ravvisamento»*, in *Cass. pen.*, 1994, 128). L'A., in modo senz'altro condivisibile, evidenzia, inoltre, come «chiedere al testimone se riconosce o meno in una persona presente, il più delle volte seduta bene in evidenza sul banco degli imputati, l'autore del fatto di reato, abbia una tale carica suggestiva da rientrare nelle regola di esclusione del […] comma 3 [dell'art. 499 c.p.p.]» (*ibidem*, 130). In termini analoghi, cfr. anche ANDOLINA, *Individuazione di persona "in immagine" e successivo riconoscimento informale*, cit., 570 e, spec., 571: «la sostituzione delle forme testimoniali alle tassative modalità procedurali della ricognizione, per l'acquisizione dell'elemento di prova tipico di quest'ultima, destrutturando il relativo indefettibile modello legale, viola il divieto probatorio indirettamente enunciato dall'art. 213 comma 1 generando una prova illegittima, il cui esito conoscitivo — già di per sé inattendibile per l'influenza suggestiva della domanda, rivolta al teste, se riconosce o meno l'autore del fatto nella persona seduta sul banco degli imputati — è da ritenere inutilizzabile *ex* art. 191 c.p.p.».

UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI SPOLETO – 23 ottobre 2014 – *Pres. Est.* Gianfilippi.

Carceri e sistema penitenziario – Sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento - Diritti costituzionali della persona detenuta – Diritto all'informazione - Limiti alla visione di canali televisivi non giustificati da ragioni di sicurezza – Lesione di un diritto soggettivo - Sussistenza (Cost., art. 21; L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 35-bis, 41-bis, 69)**.**

È legittima la limitazione della ricezione di trasmissioni televisive da canali del digitale terrestre, nei confronti dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis *comma 2 ord. penit., solamente quando sussista un nesso concreto tra l'oscuramento del segnale di una emittente e l'esigenza di impedire che, attraverso la trasmissione in video, giungano all'interessato indebite comunicazioni* (1).

(*Omissis*). Nel reclamo il [detenuto] chiede che il Magistrato di sorveglianza voglia autorizzarlo alla visione di canali televisivi diversi da quelli tradizionali e disponibili nella piattaforma del digitale terrestre: in particolare "Cielo" che trasmette gare sportive alcune delle quali in esclusiva, nonché Rai 5, Rai Movie, Rai Storia ed ancora altri non precisamente determinati.

Occorre premettere che la materia in questione, per altro già scrutinata dalla Corte Costituzionale nel celebre arresto costituito dalla sentenza 135/2013, ben può ricadere nell'ambito descritto dagli artt. 35 *bis* e 69 comma 6 lett. *b*) ord. pen., poiché l'interessato si duole di una compressione ad un proprio diritto da cui gli deriva un pregiudizio attuale e grave.

La materia della ricezione di trasmissioni televisive è stata già valutata nella giurisprudenza di merito della sorveglianza ed ancora con la pronuncia della Consulta sopra richiamata come riferibile al diritto ali'informazione direttamente promanante dall'art. 21 Cost. e espressamente tutelato negli artt. 18 e 18 *ter* ord. pen.

In tale ottica, se il requisito di attualità del pregiudizio che ne deriva non deve essere più essere lungamente spiegato, occorre soffermarsi su quello della gravità, che può astrattamente riconoscersi laddove si ritenga che la valutazione del magistrato di sorveglianza debba riguardare la decisione amministrativa di non consentire la visione di determinati canali televisivi (e dunque l'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato) ad un detenuto in regime differenziato e la verifica che ciò sia derivato o meno da ragioni di sicurezza che solamente giustificherebbero la discriminazione con riferimento ai detenuti sottoposti al regime differenziato.

Nel merito, è stata acquisita nota dalla Casa Circondariale di Terni che, in data 5 luglio 2014, ha precisato che i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* sono autorizzati, secondo direttive DAP, alla visione unicamente di alcuni canali televisivi per esigenze di sicurezza legate al concreto pericolo di "comunicazioni fraudolente" che potrebbero avvenire tramite messaggi trasmessi attraverso emittenti televisive. All'interno del reparto 41 *bis* sono pertanto autorizzati i canali TV: Rai1, Rai2, Rai3, Rete 4, Canale 5, Italia 1, La 7, Rai Sport l e 2, Rai 4, Iris, Rai Premium, nonché tre canali radiofonici. Si aggiungeva per completezza che alcuni provvedimenti di magistrati di sorveglianza avevano in passato con riferimento a diversi detenuti ritenuto che le limitazioni imposte non confliggessero con il diritto all'informazione del condannato.

Con nota dell'8 agosto 2014, all'esito di richiesta di precisazioni da parte dell'Ufficio scrivente, la Direzione dell'istituto penitenziario precisava di non disporre di

informazioni circa l'eventuale presenza di possibili spazi per la messaggistica privata nelle trasmissioni del canale televisivo "Cielo" e si rinviava al DAP un quesito sul punto, mentre per il resto aggiungeva che il DAP aveva invitato le Direzioni degli istituti penitenziari, con nota 0041062/2012 a provvedere all'adeguamento degli impianti televisivi al digitale terrestre nei tempi ed in base alla disponibilità di fondi sul relativo capitolo di spesa e per questo alcuni canali TV non erano stati inseriti (Rai Storia, Rai Movie…).

Con nota pervenuta il 21.10.2014 il DAP, Direzione Generale Detenuti e Trattamento, ha precisato di aver impartito opportune disposizioni alle direzioni circa il circuito 41 *bis*, affinché fosse ampliato il numero di canali televisivi visibili dai detenuti (nell'allegata circolare sono comprese anche Rai 5, Rai Movie, Rai Storia, Rai News, tra le altre citate dall'odierno interessato) ma che, a fronte di spese da sostenere rilevanti, la Direzione di Terni aveva comunicato che l'indisponibilità di fondi sul relativo capitolo di bilancio non aveva consentito sino ad ora l'intervento che, tuttavia, era tenuto in debita considerazione e sarebbe stato realizzato appena in presenza di adeguata copertura economica.

Circa il canale televisivo "Cielo", si aggiungeva in risposta alla richiesta formulata dall'Ufficio in ordine all'eventuale sussistenza di ragioni di ordine e sicurezza che sconsigliassero la fruizione da parte dei detenuti in 41 *bis*, che ostano al suo inserimento ragioni analoghe a quel1e rappresentate per i canali Rai, poiché le spese da affrontare sarebbero ulteriormente ingenti anche per quegli istituti che hanno già provveduto all'oneroso adeguamento.

Alla luce dell'istruttoria sin qui succinta, occorre accogliere il reclamo del condannato. Com'è noto, circa la materia dei limiti che possono imporsi al diritto all'informazione del detenuto in particolare in regime differenziato *ex* art. 41 *bis* ord, pen., sotto specie di ricezione di trasmissioni televisive da canali del digitale terrestre, si è nel tempo formata giurisprudenza che ha espressamente affermato come debba sussistere, per giustificare la limitazione nella ricezione, un nesso concreto tra l'oscuramento del segnale di una emittente e l'esigenza di impedire che, attraverso la trasmissione in video, giungano all'interessato indebite comunicazioni, particolarmente pericolose quelle eventualmente trasmesse mediante brevi messaggi scritti provenienti dagli spettatori e caratteristiche di alcune emittenti televisive (come MTV).

Su tale questione, all'esito di una affannosa vicenda di non esecuzione del provvedimento del Magistrato di sorveglianza di Roma dell'11 novembre 2011, si è infine pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza già citata n. 135/2013, che ha sostanzialmente avallato la ricostruzione leggibile nel provvedimento della sorveglianza secondo cui il potere dell'Amministrazione penitenziaria di dettare prescrizioni limitative dei diritti dei detenuti deve essere esercitato nei limiti stabiliti dalla legge ed in particolare, per i detenuti in 41 *bis*, la possibilità per l'Amministrazione penitenziaria di adottare restrizioni ulteriori rispetto a quelle già previste dalla legge trova il suo fondamento nel comma 2 *quater*, lett. *a*) dell'art, 41 *bis* ord. pen., da cui si evince il principio della necessaria congruità delle restrizioni imposte all'obiettivo di prevenire i contatti con le organizzazioni criminali di appartenenza.

In questa sede possono dunque richiamarsi le conclusioni sin qui riassunte, che debbono trovare coerente applicazione sia per quanto concerne i canali TV che lo stesso Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha già autorizzato (il c.d. pacchetto Rai) nonché per il canale televisivo "Cielo", rispetto al quale il DAP ha espressamente riferito non esservi ragioni di sicurezza che ostino alla sua sommi-

nistrazione in favore dei detenuti in regime differenziato.

Le comprensibili problematiche di tipo economico sottese alla mancata piena ottemperanza da parte della Direzione della Casa Circondariale di Temi alla circolare DAP sono, per quanto sembra potersi intendere dalla nota del Dipartimento, in via di risoluzione e ciò consente di ritenere ragionevolmente che, in sede di adempimento ormai decisamente urgente di quella risalente disposizione, possano approntarsi gli apparecchi televisivi in funzione della ricezione anche del canale TV "Cielo", alla fruizione del quale nessuna ragione di sicurezza sembra ostare e la cui mancata ricezione determina perciò un irragionevole pregiudizio nei confronti del reclamante.

In considerazione dei tempi tecnici necessari all'adeguamento e alla probabile

necessità di stanziare fondi idonei per lo stesso, dovrà concedersi un congruo tempo alla Casa Circondariale di Temi per l'ottemperanza ai contenuti di accoglimento del reclamo che in questa sede deve emettersi. (*Omissis*).

(1) Regime carcerario differenziato e diritto all'informazione: brevi note sull'oscuramento del digitale terrestre per i detenuti "41-bis".

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive* - 2. *Il regime carcerario differenziato* - 3. *Il reclamo giurisdizionale* - 4. *Considerazioni di sintesi*

1. *Considerazioni introduttive.*

La vicenda in epigrafe prende le mosse dalla presentazione di un reclamo *ex* artt. 35-*bis* e 69 L. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti: ord. penit.) da parte di un detenuto sottoposto al regime carcerario differenziato di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit.

All'applicazione di suddetto regime differenziato conseguiva una limitazione di trattamento circa la ricezione di determinate trasmissioni televisive per asserite esigenze di sicurezza legate al concreto pericolo di "comunicazioni fraudolente", che avrebbero potuto essere veicolate attraverso i messaggi trasmessi dalle emittenti televisive.

Il DAP, in data 21 ottobre 2014, precisava di aver impartito direzioni precise circa l'ampliamento del numero dei canali televisivi visibili dai detenuti e che solo l'indisponibilità di fondi da parte della Direzione di Terni aveva fino ad allora limitato la possibilità d'intervento in tal senso.

Tale ampliamento, segnatamente, riguardava i canali Rai 5, Rai Movie, Rai Storia e Rai News. La fruizione del canale Cielo veniva, invece, negata, in quanto le spese da affrontare sarebbero state notevolmente ingenti, nonostante non sussistesse alcun concreto motivo di sicurezza. Il detenuto proponeva reclamo, quindi, in quanto la mancata ricezione del canale avrebbe determinato un irragionevole pregiudizio nei confronti dello stesso.

2. *Il regime carcerario differenziato.*

Appare senza dubbio necessario soffermarsi *in primis* sul regime di detenzione differenziata introdotto nella legge fondamentale di ordinamento penitenziario a

seguito delle stragi di Capaci e di via D'Amelio, al fine di sradicare le fondamenta della criminalità di stampo mafioso (e non solo). La norma è stata dapprima introdotta con il D.L. n. 306 del 1992, conv. in l. 356 del 1992 e, successivamente, modificato e portato a regime dapprima con la legge 279 del 2002, poi con la legge n. 94 del 2009 che ne hanno dato maggior compiutezza in un contesto di stabilità e continuità [(1)].

I presupposti applicativi di tale regime apparivano indeterminati tanto nell'*an* quanto nel *quantum* della misura: ciò riconduceva la norma ad una sorta di "delega in bianco" in base alla quale l'esecutivo attuava le strategie di polica criminale.

L'art. 41-*bis* c. 1 ord. penit. riprendeva i contenuti dell'abrogato art. 90, salvo la maggiore obiettività nell'enucleazione dei presupposti che dai "gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza" divenivano "casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza" [(2)].

Orbene, la norma attribuisce al Ministro della Giustizia il potere di sospendere l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti ed internati, nel caso di "pericolosità qualificata".

La novella ha posto chiarezza in merito all'applicazione di un istituto figlio di una situazione emergenziale ma, di fatto, sempre più diffuso a livello applicativo. Vale evidenziare come sia da attribuire alla norma penitenziaria anche una certezza a livello contenutistico, la quale ha sostituito una completa discrezionalità da parte dell'autorità amministrativa stessa.

Il contenuto del "regime detentivo speciale" risulta regolato dalla legge con previsioni operanti su un doppio livello. Un primo livello è caratterizzato dalla regola della proporzionalità, in virtù della quale sono ammesse solo restrizioni al regime ordinario che siano necessarie agli scopi di prevenzione cui la misura e finalizzata. Il secondo livello di regole, invece, indica i contenuti del regime. La Corte Costituzionale si è più volte pronunciata in merito alle dinamiche esecutive delle situazioni delineatesi nell'art. 41-*bis* co. 2 ord. penit.

L'attività interpretativa ha riconosciuto la giurisdizione ordinaria come modello di controllo avverso provvedimenti incidenti sui diritti soggettivi del condannato [(3)] e, successivamente, equiparando tale modello al sindacato esercitabile sui provvediementi che dispongono ovvero prorogano la sorveglianza *ex* 14-*ter* e, successivamente, mediante un'affermazione circa l'ambito della *iurisdictio* estesa al sindacato delle prescrizioni singolarmente considerate, la cui potenzialità lesiva dei diritti della persona detenuta va misurata con riferimento ai contenuti di cui l'art. 14-*quater* ord. penit. è portatore.

Infine, con la sentenza n. 376 del 1997[4], la Corte costituzionale ha ulteriormente

---

[1] Giordano, *Commento al nuovo 41-bis: un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida dir*., 2003, 1, 37 e segg.; Ardita*, Il nuovo regime del 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.,* 2003, 4 e segg.

[2] Padovani, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 185 e segg.; Fiorio, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in Giuris. Cost., 1996, 3059 e segg.

[3] Corte Cost. 28 luglio 1993 n. 343, in *Giur. Cost*, 1993, 2740.

[4] Corte Cost. 5 dicembre 1997 n. 376, in *Giur. Cost.,* 1998, 3623 in cui risulta evidente come il regime differenziato di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, "*non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso or-*

specificato che il controllo giurisdizionale sulla congruità delle misure adottate vale ad escludere che possano essere soppresse o sospese le attività di osservazione e di trattamento, volte alla realizzazione della personalità, secondo quanto dispone l'art. 27 comma 3 Cost. Tale controllo è stato poi equiparato dalla stessa Corte Costituzionale[5] al sindacato esercitabile sui provvedimenti che dispongono o prorogano la sorveglianza speciale ex 14-*ter*.

Appare di conseguenza evidente come tali pronunce siano fondamentali al fine di garantire una lettura dell'istituto in chiave costituzionale.

Ciononostante, la forte compressione dei diritti dei soggetti sottoposti a tale regime, porta a chiedersi se l'attuale quadro normativo sia effettivamente conforme ai principi di umanizzazione e finalità rieducativa garantiti a livello costituzionale dalla nostra Carta fondamentale dei diritti dell'uomo.

3. Reclamo giurisdizionale.

L'art. 35-*bis* è stato introdotto dall'art. 3 del d.l. 146 del 2013, conv. l. 10 del 2014 che ha sicuramente segnato una tappa fondamentale nel processo di riconoscimento di tutela dei diritti del detenuto [(6)].

Tale ipotesi di reclamo permette di veicolare doglianze orali o scritte dinanzi al Magistrato di Soveglianza, rispondendo alle sollecitazioni della giurisprudenza di Strasburgo [(7)] di introdurre un ricorso interno volto ad offrire sia un rimedio preventivo (di contrasti con l'art. 3 CEDU), sia compensativo (come eventuale riparazione a fronte di un pregiudizio subito dal detenuto o internato) [(8)].

Il nuovo procedimento colma quel vuoto di tutela, lamentato dalla Corte Costituzionale nella sent. 29 del 1999 [(9)], rispetto al quale non è stata sufficiente la mera supplenza giurisdizionale, ma si richiedeva una stabilizzazione mediante intevento legislativo, accelerato sicuramente dalla decretazione della Corte di Strasburgo [(10)].

Il reclamo giurisdizionale si ispira, quindi, al contraddittorio partecipato di cui

---

dinamento(...)". Da ciò discende che per i giudici costituzionali *"l'applicazione dell'art. 41-bis non può equivalere, (...), a riconoscere una categoria di detenuti che sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di risocializzazione*".

[5] Corte Cost. 23 Novembre 1993 n. 410, *Giur. Cost.,* 1993, 3406 e segg.

[6] Corvi, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in Conti - Marandola - Varraso*, Le nuove norme*, 102 e segg.; Fiorelli, *Procedimento per reclamo e "nuova" giurisdizionalità*, in Del Coco - Marafioti - Pisani, *Emergenza carceri*, Torino, 2014, 140 e segg.

[7] Fiorio, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust*., 2014 , 4, 119 e segg.

[8] Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen*., 2014, 2, 253 e segg.; Montagna, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure codendo*, in *Arch. pen*., 2014, 2, 584 e segg.

[9] A margine della quale v. Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost*., 1999, 191 e segg.; Della Casa, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale del detenuto*, in *Dir. proc. pen*., 1999, 854 e segg.; Fazzioli, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. Cost*, 1999, 199 e segg.

[10] Cedu, Sez. II, Sent. 8 Gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *Cass. pen.,* 2013, 11 e segg con nota di Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*. A commento della decisione sentenza cfr. anche Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozioni di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont*., 2013, 256 e segg.; Della Morte, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente i gli standard sui diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internaz*., 2013, 147 e segg.; Dova, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 2, 948 e segg.

agli articoli 666 e 678 c.p.p. [11], sia pur con qualche modifica rispetto al codice di rito. Il legislatore ha, inoltre, precisato che il pregiudizio debba essere "grave" e "attuale" [12]. Orbene, la gravità postula una tutela limitata solo ai casi di maggiore rilievo, mentre l'attualità del pregiudizio riprende la distinzione tra rimedi preventivi e compensativi sopra citata [13].

Tale sistema produce in sintesi un diritto d'azione in un procedimento giurisdizionale, individuandosi la sede della tutela nella Magistratura di Sorveglianza, la quale riveste un ruolo di piena garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati [14].

4. Considerazioni di sintesi.

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene pienamente condivisibile l'ordinanza, emessa dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, di accoglimento del reclamo giurisdizionale proposto dal detenuto sottoposto a regime differenziato.

L'oscuramento dei canali deve, quindi, trovare piena giustificazione nel rischio di illecite comunicazioni con l'esterno, fermo restando il rispetto diritto all'informazione ricondotto all'art. 21 Cost.

A rafforzare questa tesi concorre una pronuncia della Corte Costituzionale [15] citata nella stessa ordinanza, la quale afferma perentoriamente che, nel caso di detenzione *ex* 41-*bis* ord. penit., ulteriori restrizioni rispetto a quelle che la legge già prevede espressamente nel comma 2 *quater*, *lett. a*) dello stesso articolo, sono dettate dall'Amministrazione penitenziaria solo se imposte dalla necessità di prevenire contatti con le organizzazioni criminali di appartenenza. Nel caso *de quo* rispetto al canale "Cielo" non sussisteva alcuna ragione di sicurezza che ostasse alla sua somministrazione nei confronti dei detenuti.

Appare chiaro come le innovazioni legislative siano dirette a sconfessare quell'automatismo che ha caratterizzato negli ultimi anni i provvedimenti riguardanti soggetti in regime detentivo, restituendo alla Magistratura di Sorveglianza quella discrezionalità necessaria a valutare, in materia *de libertat*e, la necessità di eventuali limitazioni e il bilanciamento con i diritti costituzionali che sono primari per qualsiasi individuo, libero o soggetto a restrizioni.

GIULIA MOSCATELLI

[11] CORSO, *Il manuale dell'esecuzione penitenziaria*, 2011, 324 e segg.

[12] La qualificazione del pregiudizio come "grave e attuale" era stata inserita solo a maggioranza nel testo elaborato dalla commissione Giostra.

[13] BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi",* cit., 253 e segg., il quale sottolinea come si tratti di *"una valutazione relativa che non può essere paramentrata alla realtà carceraria hic e nunc di talchè pregiudizi che possono apparire non gravi in tempi di dentenzioni "normali", possono essere valutati diversamente in tempi di sovraffollamento e dunque con effetti di maggiore e duratura compressione di diritti fondamentali".*

[14] FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela delle persone detenute e internate*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, 235 e segg.

[15] Corte Cost. 7 Giugno 2013 n. 135, in *Giur. cost*., 2013, 2073, con nota di RUOTOLO e FIORIO, dove appare chiaro come *"quando il reclamo diretto al magistrato di sorveglianza riguarda la pretesa lesione di un diritto e non si risolve in una semplice doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione e del funzionamento dell'istituto penitenziario, il procedimento che si instaura davanti al suddetto magistrato assume natura giurisdizionale"*

TRIBUNALE DI TERNI – 29 maggio 2014 – *Est.* Taverna, M.

Violenza negli stadi – Lancio di materiale pericoloso - Pericolo concreto – Condanna (l. 13 dicembre 1989, n. 401, art. 6 bis comma 1)**.**

Il lancio di un petardo all'interno del fossato di delimitazione tra gli spalti e il campo è elemento sufficiente a creare un pericolo concreto per le persone (1).

(*Omissis*). All'esito dell'esame degli atti non può che giungersi ad una decisione di colpevolezza del prevenuto.

Durante la partita di calcio Ternana-Ascoli, disputata il (*Omissis*), valevole come ventesima gara di andata del campionato nazionale di serie B-win per la stagione (*Omissis*), alcuni fumogeni, petardi e almeno quattro bombe carta venivano accesi nei settori Est e Nord dello stadio di Terni, riservati alla tifoseria locale. La caduta di tali oggetti nel fossato di delimitazione tra gli spalti e il campo di gioco provocava un boato.

In particolare, alle ore 15.18, un petardo ad alto potenziale esplosivo, veniva fatto scoppiare in corrispondenza del settore Nord e il gesto veniva agevolmente ripreso dalla telecamera n. 22 dell'impianto di videosorveglianza, dalle cui riprese era possibile identificare, con l'ausilio della DIGOS, il M., odierno imputato, come autore del lancio. In particolare, veniva estrapolato il fotogramma *(Omissis*), da cui si identifica un giovane in giubbotto nero e felpa verde con cappuccio, proprio nell'atto di accendere un involucro tubolare di circa 15-20 cm, lanciato subito dopo in direzione del campo; nel successivo fotogramma tratto dalle videoriprese si rileva il fumo sviluppato dall'impatto del fumogeno al suolo e subito dopo si vede il giovane togliere il cappuccio. Rivelate le fattezze del volto per gli agenti della DIGOS è risultato agevole identificare il M. Ulteriore riscontro è emerso dalla telecamera che riprende i tornelli di ingresso, da cui emerge l'atto del M. di vidimazione del biglietto all'ingresso dello stadio, da cui si è risaliti, tramite il sistema di bigliettazione informatica della Ternana, all'orario di spunta del biglietto del M. (*Omissis*).

Nessun dubbio può vertere, quindi, sulla esatta identificazione dell'autore del gesto, non solo per le indagini concluse dagli organi investigativi, specializzati in tale funzione ma anche per la evidenza delle riprese video e fotografiche.

Tantomeno il gesto di accensione e lancio del petardo visionato nelle riprese può generare confusione con altri presumibili autori, anche perché il solo soggetto che effettua il gesto è proprio il ragazzo con giubbotto e felpa verde, che, circondato da altri tifosi che non hanno nulla in mano (se ne vedono alcuni con le mani in tasca) e che lasciano libera alla visione della telecamera l'area alla sua destra, da lui usata per la circonduzione del braccio nell'atto del lancio.

L'identificazione è ben favorita anche dalla circostanza che il M. si trovasse a favore di telecamera e che, in modo quasi istintivo, dopo il lancio si sia scoperto il capo, svelando il volto.

In ordine alla portata "pericolosa" in concreto del gesto, oltre alla palese intrinseca capacità offensiva del petardo, di medie dimensioni, che si accende subito e che esplode poco dopo, non occorre certo sottolineare che tali artifici pirotecnici possono facilmente provocare incendi, sia seminando scintille nella parabola prima ascendente e poi discendente, sia nel momento dell'impatto al suolo.

Né può essere affermato congruamente che il petardo sia stato lanciato in un settore dello stadio poco affollato o non direttamente sugli spalti. Innanzitutto, nel corso di una partita, tra tifoserie tra cui sussiste una accesa rivalità, gli spazi

lasciati appositamente liberi dagli organizzatori per evitare contatti e conseguenti problemi all'ordine pubblico non impedisce di certo che vi siano in qualsiasi momento tifosi che si spostano e che possano subire le conseguenze del lancio del petardo. Inoltre, lo spazio tra spalti e campo di gioco è percorso continuamente da personale dello stadio e steward, che proprio in quell'area prestano il loro servizio e che possono rimanere vittime del lancio.

L'azione compiuta dal M., peraltro, non risulta pericolosa solo nella fase di "atterraggio" del petardo, bensì anche nella precedente fase di accensione, quando è ben possibile che fuochi di quel genere e di quelle dimensioni attingano indumenti e parti del corpo dei tifosi posti in prossimità (*Omissis*).

Nessun rilievo hanno le osservazioni della difesa circa la portata del gesto e del pericolo, poiché la norma impone al giudice di verificare se la fattispecie concretamente rilevata sia in grado di rivestire il carattere della pericolosità necessario ad evitare che sia punita una condotta eccessivamente in anticipo rispetto alla offesa del bene giuridico protetto. Infatti, la norma di cui all'art. 6 *bis* n. 1 della legge 401/1989 e s.m.i. non è certo posta a tutela dell'incolumità fisica, ché se qualcuno fosse stato colpito, o ferito, ben altra sarebbe stata la contestazione di reato e le conseguenze penali. Ciò che occorre controllare è che il gesto si riveli, complessivamente inteso, pericoloso per i partecipanti alla manifestazione sportiva.

Orbene, il M. non ha lanciato un oggetto qualsiasi, ad esempio in plastica, che potrebbe essere di per sé inoffensivo, bensì un oggetto che già di per sé contiene una notevole carica offensiva, certo non ignota all'autore del gesto: egli, infatti, ben consapevolmente si procura in anticipo rispetto alla manifestazione un petardo di notevoli dimensioni, a forma di tubo, contenente una certa carica esplodente e fumogena, eludendo i controlli all'ingesso dello stadio, porta con sé lo strumento per innescarvi la minaccia, si copre il capo per cercare di rimanere occultato alle telecamere, lo lancia con perizia in modo da dargli la più ampia parabola coreografica, e ne provoca lo scoppio. (*Omissis*).

(1) Brevi note in tema di lancio di materiali pericolosi in occasione di manifestazioni sportive.

Nel caso in esame, il PM emetteva decreto di citazione diretta a giudizio nei confronti del S.M. per il reato di cui all'art. 6 *bis*, comma 1, l. n. 401/1989 concernente il «lancio di materiale pericoloso in occasione di manifestazioni sportive», asserendo che il medesimo veniva identificato durante il lancio di un petardo nel fossato di delimitazione tra gli spalti e il campo di gioco.

Con la sentenza di primo grado, l'imputato veniva dichiarato responsabile del predetto reato e, quindi, applicando le circostanze attenuanti generiche, condannato alla pena di mesi cinque e giorni dieci di reclusione.

Prima di passare all'analisi della sentenza, è necessario descrivere il reato in questione.

L'art. 6 *bis* è contenuto nella cosiddetta normativa antiviolenza negli stadi introdotta con la l. n. 401 del 1989, che ha lo scopo di reprimere il fenomeno dilagante della violenza degli ultras negli stadi durante le manifestazioni sportive. L'intervento più rilevante è stato l'introduzione del Daspo, provvedimento amministra-

tivo che dispone il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono le manifestazioni sportive, specificamente indicate. Si tratta di un rimedio giuridico a carattere preventivo, costantemente rimaneggiato ad opera delle successive legislazioni d'urgenza, volte ad arginare la permanente situazione di emergenza sportiva [1]. Non di minor riguardo è anche la creazione di reati *ad hoc*, creati su misura per atti commessi in relazione delle manifestazioni sportive, ossia all'interno dei luoghi in cui quest'ultime vengono disputate o comunque nell'immediatezza temporale e spaziale delle stesse. Dall'art. 6 *bis* al 7 della legge n. 401 /1989 si susseguono: lancio di materiale pericoloso, scavalcamento e invasione di campo; possesso di artifizi pirotecnici in occasione di manifestazioni sportive; violenza o minaccia nei confronti degli addetti ai controlli dei luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive; lesioni personali gravi o gravissime nei confronti degli addetti ai controlli dei luoghi ove si svolgono dette manifestazioni; turbativa di competizioni agonistiche.

Chi commette uno dei summenzionati reati è soggetto, altresì, all'applicazione del D.A.SPO.

Nella sentenza *de quo* il giudice ha considerato rispondente ai canoni richiesti dall'art. 6 *bis ex lege* n. 401/1989, l'aver lanciato un petardo nel fossato antistante il terreno di gioco, considerando l'oggetto notevolmente offensivo per i tifosi che assistevano all'incontro calcistico.

L'originaria formulazione dell'articolo in questione, introdotto con l'art. 1 del d.l. 336/2001, convertito con modificazioni nella l. n. 377/2001, puniva con la reclusione da sei mesi a tre anni, salvo che il fatto non costituisca un reato più grave, chiunque lanci corpi contundenti o altri oggetti, compresi gli artifizi pirotecnici, in modo da creare un pericolo per le persone, nei luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive ovvero in quelli interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime.

Il perno centrale di questa disposizione era il requisito del pericolo concreto per le persone, intorno al quale ruotavano gli altri elementi. Inizialmente nel decreto d'urgenza era stata inserita la locuzione «idoneità ad offendere», poi sostituita con la specifica indicazione di «pericolo» così da fissare in maniera incontestabile il grado di offesa sufficiente ad integrare il delitto.

Il fatto materiale doveva concretizzarsi nei luoghi descritti nella disposizione incriminatrice, ossia ove si svolgono manifestazioni sportive, ovvero in quelli destinati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che vi assistono o vi partecipano. Tali luoghi sono legati solo tramite un nesso di funzionalità con lo svolgimento della manifestazione sportiva, non essendo necessario, a differenza dei provvedimenti del questore, il nesso di causalità od occasionalità con lo svolgersi della manifestazione [2].

Il delitto previsto dall'art. 6 *bis*, comma 1, non è quindi consumato in qualsiasi ipotesi di lancio di oggetti, ma solo nel caso in cui gli oggetti lanciati siano tali, per le condizioni obiettive e le modalità dell'azione, da creare pericolo per le persone; ad esempio, non costituisce questo tipo di reato il lancio di volantini in campo [3].

Sotto la vigenza della disciplina in esame, come introdotta nel 2001, appariva problematica la questione attinente ad eventuali lesioni gravi o gravissime dolose, ravvisabili a titolo di dolo eventuale o diretto, cagionate nella medesima fattispecie prevista dall'art. 6 *bis* al comma 1. Ci si chiedeva, dunque se il delitto del lancio

[1] Guardamagna, *Diritto allo sport e profili penali*, Torino, 2009, 75.

[2] Guardamagna, *Diritto dello sport e profili penali*, cit., 95.

[3] Forlenza, *Un inquadramento a rischio legittimità per chi controlla i tagliandi d'ingresso*, in *Guida dir.*, n. 34, 2005, 25.

di oggetti pericolosi potesse ritenersi o meno assorbito nel reato di cui all'art. 583 c.p. La soluzione non era di facile individuazione perché, «qualora si ravvisasse, nell'incolumità pubblica l'interesse sotteso all'incriminazione del reato di lancio di materiale pericoloso, si potrà pervenire alla conclusione della non applicabilità al caso di specie della clausola di sussidiarietà di cui all'art. 6 *bis*, considerando che i due delitti tutelano beni giuridici distinti (incolumità fisica di una o più persone determinate ed incolumità pubblica, intesa come integrità fisica di un numero indeterminato di persone) ed hanno elementi costitutivi eterogenei. (…) L'art. 6 *bis* sanziona penalmente il fatto del lancio in sé e per sé considerato, quale condotta illecita generante un pericolo per le persone, mentre, nel reato di lesioni, il disvalore penale si incentra nell'evento di danno della malattia effettivamente cagionata ad una determinata persona offesa in conseguenza del danno. Si ricordi, in merito, l'orientamento giurisprudenziale [4] secondo cui, qualora attraverso la commissione di un delitto contro l'incolumità pubblica si cagioni un evento di danno non troverà applicazione la disciplina del concorso apparente di norme, bensì quella del concorso formale di reati, poiché il colpevole, con un'unica condotta colposa, ha cagionato due eventi distinti, ovvero il danno per le persone colpite ed il pericolo per l'incolumità pubblica. Qualora, invece, si ritenga di poter individuare nel pericolo per le persone, di cui alla norma in commento, un interesse meritevole di tutela diverso dalla pubblica incolumità o sicurezza pubblica, coincidente, piuttosto con l'integrità fisica di un numero determinato di individui, si potrà pervenire a diverse conclusioni» [5].

La questione si è ulteriormente complicata con l'approvazione del d.l. 162/2005, che alla lett. b) dell'art. 1 prevede un generico aumento di pena per il reato in commento se dal fatto deriva un danno alle persone e un aumento fino alla metà se dal fatto deriva il mancato inizio, la sospensione o l'interruzione della manifestazione sportiva.

Dette modifiche sono state apportate in relazione all'esigenza di rafforzare ed adeguare le misure di contrasto delle attività pericolose per l'ordine pubblico e l'incolumità degli spettatori ed al fine di accentuare la deterrenza alla diffusione di determinati comportamenti sugli spalti che possono originare gravi turbative per lo svolgimento delle manifestazioni sportive [6].

L'istituto viene così inserito tra i reati aggravati dall'evento [7].

La prima ipotesi di aggravante costituisce la logica prosecuzione dell'*iter criminalis* preannunciato dalla condotta di lancio di corpi contundenti, infatti, trattandosi di reato di pericolo concreto [8], la cui concreta pericolosità verso il bene giuri-

[4] Cass., sez. IV, 10 gennaio 1985, n. 321.

[5] Palmero, *Novità di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc*., 2006, 426 ss.

[6] *Relazione al decreto legge 162/2005*, in *Guida dir*., n. 34, 2005, p. 20

[7] «Va chiarito se la natura del fattore aggravante debba essere ricondotta alla disciplina delle circostanze o debba piuttosto essere considerata alla stregua si un elemento essenziale, che connota una fattispecie criminosa autonoma. Nell'ipotesi in esame, in cui l'evento aggravante non deve essere voluto dall'agente, perché diversamente si avrebbe il reato di omicidio o lesioni personali dolosi, sembra più opportuno cogliervi il profilo di una circostanza aggravante. Nonostante l'estrema problematicità di un istituto, qual è il delitto aggravato dall'evento, che in prospettiva di riforma si vorrebbe espungere dal sistema penale, ne è stata riconfermata la piena vitalità, addossando nuovamente all'interprete l'onere di precisarne in contorni. Indotti, perciò, ad escludere l'evenienza che in questa nuova formula possa configurare una fattispecie autonoma, non rimane che quantificare l'aumento di pena prescritto nella misura di un terzo, in mancanza di una qualsiasi altra indicazione»; in questi termini: Curi, *La fretta che l'onestade ad ogni atto dismaga: alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi*, in *Cass. pen.*, 2007, 2278.

[8] I reati di pericolo concreto si differenziano da quelli di pericolo astratto dove un fatto viene punito

dico tutelato deve, quindi, di volta in volta essere valutata in base ad un giudizio *ex ante* dal giudice, per la sua consumazione non basta un qualunque lancio di oggetti, ma solo quello dotato di intrinseca idoneità a recare offesa alle persone. Ora se questa pericolosità sfocia in un evento offensivo per più soggetti, trova adeguata punizione in termini di aggravamento sanzionatorio. Inoltre la previsione del danno piuttosto che dell'offesa alle persone permette di estendere il pregiudizio anche ad un bene giudico diverso dall'integrità fisica e dunque può ben concorrere anche il reato di danneggiamento *ex* art 635 c.p. e non solo le lesioni contro la persona [9].

Nel 2007, l'art. 3 della legge di conversione del decreto Amato sostituisce il comma 1 dell'art. 6 *bis* della l. n. 401/1989, elevando i limiti edittali del trattamento sanzionatorio che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, passano dalla reclusione da sei mesi a tre anni alla pena della reclusione da uno a quattro anni. Inoltre ha predisposto un catalogo minuzioso di oggetti (razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o gas visibile, ovvero bastoni, mazze, materiale imbrattante o inquinante, oggetti contundenti, o, comunque, atti ad offendere), la presenza dei quali funge da elemento costitutivo della fattispecie legale, sempre che siano causalmente collegati con una manifestazione sportiva.

La specificazione della necessaria prova della sussistenza di un nesso di causalità tra l'utilizzo o il lancio di materiale pericoloso e la manifestazione sportiva serve a superare l'estrema genericità delle locuzioni presenti nell'art. 6 *bis de quo,* che ponevano il rischio di attirare nella disciplina in questione episodi del tutto scollegati con essa, anche se sul piano pratico perdura ancor oggi la difficoltà a reperire prove sufficienti allorquando si tratti di trasferte isolate e non organizzate, con notevoli conseguenze soprattutto riguardo alla pena da applicare [10].

La portata dell'attuale formulazione viene accresciuta anche nel contesto spazio-temporale: viene estesa la fattispecie criminosa anche ai luoghi situati nelle immediate adiacenze e sul piano cronologico si considerano criminosi i fatti, causalmente collegati con la manifestazione sportiva, commessi nelle ventiquattro ore precedenti o successive alla stessa.

Viene, inoltre, invertita la portata sanzionatoria delle circostanze aggravanti, aumentando la pena fino alla metà se dal fatto deriva un danno alle persone (aggravante ad effetto speciale) e è aumentata ad effetto comune, se dal fatto deriva un ritardo rilevante, la sospensione, l'interruzione o la cancellazione della manifestazione [11].

La norma novellata nel 2007 prevede due condotte alternative, il lancio o l'uso degli oggetti descritti. Non integra la fattispecie, quindi, il mero trasporto [12].

Il bene giuridico tutelato alcuni ritengono sia l'incolumità pubblica, altri sembrano preferire un'altra interpretazione secondo la quale il riferimento espresso

in quanto ritenuto in sé astrattamente pericoloso senza bisogno per l'interprete di valutare che il pericolo si sia concretamente realizzato o meno.

[9] Natalini, *Stop alla violenza negli stadi: ecco come. La sfida ai teppisti tra divieti e sanzioni*, in *Dir. e giust*., n. 40, 2005, 67 ss.

[10] Pardini, *Le modifiche dei reati di detenzione e lancio di oggetti contundenti,* in *Dir. pen. proc*., n. 6, 2007, 733.

[11] Massucci-Gallo, *La sicurezza negli stadi: profili giuridici e risvolti sociali*, cit., 183 ss.

[12] «Si era escluso in giurisprudenza che la semplice denuncia di un soggetto per il reato di cui all'art. 650 c.p. perché trovato in possesso di un fumogeno, potesse giustificare l'emissione del provvedimento del questore a norma dell'art. 6. Infatti, si è sostenuto che il reato di cui all'art. 6*bis* reprime solo il lancio di corpi contundenti o comunque di altri oggetti, compresi gli artifizi pirotecnici, che possono creare un pericolo per le persone e non anche il semplice porto di tali oggetti», in questi termini, Padovani, *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, 1585.

alle persone implica l'abbandono di beni giuridici dello spettro ampio ed indeterminato, come l'incolumità pubblica o la sicurezza pubblica per approdare verso la tutela della vita e dell'integrità fisica [13]. I fautori di quest'ultima tesi [14] portano a sostegno la modifica lessicale operata dal legislatore del 2007, che ha inserito il termine «concreto» per qualificare il pericolo che deve derivare dall'utilizzo o lancio di materiale pericoloso; tale modifica va a qualificare il bene giuridico protetto che deve essere individuato nell'incolumità privata delle persone e non nell'incolumità pubblica della collettività in generale. Con questa precisazione il legislatore ha voluto incentrare la tutela su un bene giuridico decisamente più determinato e preciso quale l'incolumità delle singole persone, abbandonando la tutela di quei beni più generici ed indeterminati quali la pubblica sicurezza o l'incolumità pubblica. A riprova di ciò va considerata anche la diversa espressione «pericolo per la pubblica incolumità» utilizzata dal legislatore per qualificare il bene tutelato tra quelli posti a salvaguardia dell'incolumità pubblica riferita alla collettività in generale, quali la strage, *ex* art. 422 c.p. o l'incendio *ex* art. 423, comma 2, c.p.

Orbene, i motivi su cui fondare la decisione del giudice emergono chiaramente nell'individuazione della connessione del lancio di materiale pericoloso alla manifestazione sportiva e di seguito nella considerazione di detto lancio come pericoloso per l'incolumità delle singole persone.

Nel caso in questione il giudice, visto il chiaro realizzarsi dell'evento illecito in occasione di manifestazione sportiva, stante la collocazione dell'imputato all'interno dello stadio, sugli spalti destinati alle tifoserie, si è concentrato sulla pericolosità del gesto tenuto in essere.

Il pericolo concreto, si ricorda, deve essere accertato dal giudice in relazione al singolo caso posto alla sua attenzione e deve caratterizzarsi per una concreta idoneità a ledere le persone.

Gli elementi valutati corrispondono alle dimensioni del petardo, risultate «medie», nel momento dell'atterraggio del petardo, situato tra il campo di gioco e gli spalti e nella fase di accensione dello stesso, in cui è possibile che vengano attinti indumenti e parti del corpo dei tifosi posti in prossimità.

In conclusione, il giudizio operato ha determinato la condanna dell'imputato per la chiara esistenza degli elementi caratterizzanti il concreto pericolo per l'incolumità dei singoli tifosi siti all'interno dello stadio, nonché di coloro che ivi si trovavano in vesti lavorative.

Diversamente, considerare che la condotta criminosa posta in essere dall'imputato non evidenziasse un concreto pericolo, avrebbe consentito il costituirsi di un orientamento distante dalle linee guida tipiche della legislazione antiviolenza negli stadi, che fin dal 1989, quando è stata redatta la prima normativa speciale, sono state basate sulla repressione della violenza operata dai tifosi violenti.

MARICA BELLI

[13] PADOVANI, *Leggi penali complementari,* cit., 1586.

[14] PARDINI, *Le modifiche dei reati di detenzione e lancio di oggetti contundenti,* cit., 733.

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA - 30 marzo 2015 - n. 146. *Pres.*Lamberti-*Est*. Amovilli (Avv.ti Scianaro, Cataldo e Vaiano) c. Regione Umbria (Avv. Iannotti e Manuali) .

Tutela della salute - Farmaci - Farmaci biosimilari - Equivalenza terapeutica - Competenza statale esclusiva - AIFA - Pazienti di nuova diagnosi (i c.d. soggetti "*naive*") - Libertà di scelta terapeutica - Contemperamento interessi - Esigenze di contenimento della spese pubblica (art.32 Cost., art. 48 l.24 novembre 2003 n. 326)

L'AIFA, organismo statale deputato ai sensi dell'art. 48 della legge 24 novembre 2003 n. 326 a garantire l'unitarietà della materia farmaceutica e l'equivalenza terapeutica tra i farmaci detta specifiche disposizioni in materia di farmaci biosimilari. Con termine biosimilare viene indicato un medicinale simile a un prodotto biologico di riferimento già autorizzato dall'U.E. e per il quale sia scaduta la copertura brevettuale. Pur avendo la stessa sostanza biologica, il farmaco biosimilare è ottenuto mediante modalità differenti, tanto da escluderne l'identità, risultando prodotti non identici e quindi differenti. (1)

Le esigenze di economicità dell'azione amministrativa (rappresentate nel caso di specie dalla preferenza" imposta dalla deliberazione della Regione Umbria verso i farmaci biosimiliari) possano prevalere rispetto a quelle di tutela della vita e dell'incolumità fisica solo se: (i) è stata riconosciuta nel caso concreto l'equivalenza terapeutica del farmaco biosimilare con il corrispettivo farmaco biologico originator; e (ii) il paziente è "drugnaive", ossia non è stato precedentemente trattato con un diverso principio attivo. E ciò al fine di non violare né il diritto alla continuità terapeutica di un paziente già trattato con un determinato principio attivo, né tantomeno il principio della libertà di scelta terapeutica del medico. (2)

*(Omissis)*1. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente, azienda farmaceutica che commercializza farmaci biologici o biotecnologici protetti da brevetto, impugna la deliberazione della Regione Umbria G.R. 15 luglio 2013 n. 799 recante "misure per aumentare la prescrizione di farmaci a brevetto scaduto" nella parte in cui impegna i Direttori Generali delle Aziende Sanitarie regionali a "conseguire un tasso di utilizzo di farmaci biosimilari, qualora siano disponibili ad un costo inferiore rispetto al farmaco originatore, pari almeno all'incidenza dei pazienti di nuova diagnosi ("*drunaive*") sul totale dei pazienti trattati" ulteriormente specificando che "l'obiettivo si applica anche nel caso di prescrizioni indotte da Aziende sanitarie diverse da quella cui afferisce il Centro prescrittore".

Sostiene la ricorrente, in sintesi, che la prescrizione di farmaci biosimilari in luogo del farmaco biologico originatore verrebbe dalla Regione Umbria sostanzial-

mente imposta nei riguardi di tutti i pazienti mai precedentemente trattati per una specifica patologia, non rispettando il principio della libera scelta da parte del medico e con grave pregiudizio per gli interessi della ricorrente che si vedrebbe, alla scadenza del brevetto, praticamente esclusa dal mercato con riguardo a tutti i nuovi pazienti.

A sostegno dell'impugnativa deduce censure così riassumibili:

I. Eccesso di potere per irragionevolezza, contraddittorietà e grave sproporzione del provvedimento rispetto alle esigenze di interesse pubblico che si intendono tutelare; difetto di istruttoria e travisamento, sviamento, violazione dell'art. 32 Cost. nella parte in cui impone la prioritaria tutela della salute dei cittadini assistiti dal S.S.N.: la Regione Umbria avrebbe introdotto un principio di fungibilità tra farmaci biologici *originator* e farmaci biosimilari del tutto estraneo all'ordinamento, come risulterebbe riconosciuto tanto dalla comunità scientifica che dalla vigente normativa, trattandosi di prodotti simili ma non identici, come sarebbe ribadito anche nel "*Position Paper*" AIFA cui ha fatto riferimento la stessa Regione; il vincolo posto nei confronti della scelta del medico specialista, sia pure in riferimento ai soli pazienti "*naive"* sarebbe in contraddizione con le considerazioni svolte dall'AIFA; sarebbero prese in considerazione dall'Amministrazione solo le esigenze di contenimento della spesa pubblica in danno della libertà di cura tutelata dall'art. 32 della Costituzione;

II. Violazione dell'art. 15 c. 1-ter del D.L. 95/2012 inserito dall'art. 13-bis c. 1 del D.L. 179/2012, convertito in legge 221/2012, violazione dell'art. 117 Cost, incompetenza: risulterebbe violato il principio generale secondo cui sarebbe preclusa alle Regioni ogni valutazione di equivalenza terapeutica tra i farmaci, spettante istituzionalmente all'AIFA per tutto il territorio nazionale, citando al riguardo anche l'orientamento espresso dall'adito T.A.R. (sentenze nn. 254 e 256 del 2013).

Si è costituita la Regione Umbria, chiedendo il rigetto del gravame, stante l'infondatezza di tutte le censure *ex adverso* dedotte, in sintesi evidenziando:

- la similarità dei farmaci biosimilari rispetto ai farmaci biologici *originator*, in termini di qualità, sicurezza ed efficacia, come riconosciuto dalla stessa AIFA;
- la preferenza espressa dalla stessa AIFA per la prescrizione dei farmaci biosimilari per il trattamento dei soggetti "*naive"*;
- il carattere sostanzialmente attuativo della deliberazione impugnata rispetto al contenuto del Position PaperAIFA richiamato nel documento istruttorio;
- l'estraneità della deliberazione impugnata da ogni giudizio di equivalenza terapeutica.

Con memoria di replica la difesa della ricorrente ha insistito per l'accoglimento del gravame, ribadendo l'esautorazione dei medici curanti dalla scelta in merito ai farmaci da somministrare ai pazienti c.d. *naive*diversamente dalle raccomandazioniespresse dall'AIFA.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza dell'11 febbraio 2015, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

2. E' materia del contendere la legittimità della deliberazione della Regione Umbria G.R. 15 luglio 2013 n. 799 recante "misure per aumentare la prescrizione di farmaci a brevetto scaduto" nella parte in cui impegna i Direttori Generali delle Aziende Sanitarie regionali a "conseguire un tasso di utilizzo di farmaci biosimilari, qualora siano disponibili ad un costo inferiore rispetto al farmaco originatore, pari almeno all'incidenza dei pazienti di nuova diagnosi ("*drugnaive*") sul totale dei pazienti trattati" ulteriormente specificando che "l'obiettivo si applica anche

nel caso di prescrizioni indotte da Aziende sanitarie diverse da quella cui afferisce il Centro prescrittore".

3. Sostiene l'azienda ricorrente, in buona sintesi, che la deliberazione regionale impugnata imporrebbe un vero e proprio obbligo di prescrizione dei farmaci biosimilari nei pazienti c.d. "*naive*" ovvero mai sottoposti ad alcun trattamento con un determinato principio attivo (esautorando completamente il ruolo del medico specialista) diversamente dalla paradigma normativo e giurisprudenziale di riferimento, riservando il nostro ordinamento esclusivamente all'AIFA ogni valutazione sulla equivalenza terapeutica, in grado di incidere sul diritto alla salute dei cittadini costituzionalmente tutelato (art. 32 Cost.).

4. Non ritiene il Collegio di poter condividere le pur motivate argomentazioni della ricorrente.

5. Posto che risulta principio pacifico anche tra le parti ed estraneo all'oggetto del giudizio l'equivalenza terapeutica, cioè la fungibilità a fini terapeutici, tra farmaci di sintesi chimica aventi a base lo stesso principio attivo, è invece qui discussa l'equivalenza tra farmaci biologici e biosimilari, cioè aventi a base principi attivi diversi ma biosimilari, ancorché commercializzati per le stesse indicazioni, ovvero tra farmaci biologici che utilizzano processi di estrazione ed eventualmente di purificazione che muovono da substrati cellulari e che risultano protetti da brevetto ai sensi della legge 5 agosto 1991 n. 249 (oggi art. 61 D.lgs. 30/2005 Codice della Proprietà Industriale).

Ai sensi dell'all. I, parte I, punto 3.2.1.1. della direttiva 2001/83/CE "*Un medicinale biologico è un prodotto il cui principio attivo è una sostanza biologica. Una sostanza biologica è una sostanza prodotta, o estratta da una fonte biologica e che richiede per la sua caratterizzazione e per la determinazione delle sue qualità una serie di esami fisico-chimicobiologici, nonché le indicazioni sul processo di produzione e il suo controllo*".

La giurisprudenza ha affrontato la questione prevalentemente, se non esclusivamente, in riferimento a controversie inerenti l'equivalenza tra farmaci biologici e biosimilari inerenti gare di pubbliche forniture, laddove l'equivalenza è stata per lo più negata, dovendo la stazione appaltante di volta in volta individuare ciascun farmaco concorrente e la relativa composizione, nonché le specifiche indicazioni terapeutiche per le quali il medesimo è messo in concorso con l'altro (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 9 dicembre 2009, n. 7690; T.A.R. Emilia Romagna sez. II, 2 gennaio 2009, n.1; T.A.R. Sardegna sez. I, 15 febbraio 2011, n. 136) e decidere se porli in gara con lotti separati (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 7 giugno 2012, n. 205).

5.1. L'AIFA, organismo statale deputato ai sensi dell'art. 48 della legge 24 novembre 2003 n. 326 a garantire l'unitarietà della materia farmaceutica e l'equivalenza terapeutica tra i farmaci (T.A.R. Umbria 26 aprile 2013, n. 254) ha dettato specifiche disposizioni in materia, pubblicando nel relativo portale il documento "AIFA Position Paper - I farmaci biosimilari" .

Secondo tale documento "con il termine biosimilare viene indicato un medicinale simile a un prodotto biologico di riferimento già autorizzato dall'U.E. e per il quale sia scaduta la copertura brevettuale" Pur avendo la stessa sostanza biologica, il farmaco biosimilare è ottenuto mediante modalità differenti, tanto da escluderne l'identità, risultando prodotti non identici e quindi differenti.

Quindi, gli organismi preposti al settore (AIFA ed EMA) escludono la vicendevole sostituibilità terapeutica tra farmaci *originator* e biosimilari, come rilevabile anche dalle concrete modalità di somministrazione che escludono determinate forme di somministrazione per i biosimilari.

Tuttavia, secondo l'AIFA, essi possono definirsi "simili in termini di qualità, sicurezza ed efficacia" aggiungendosi che "in taluni casi il farmaco biosimilare possa essere derivato da processi produttivi più innovativi rispetto a quelli del farmaco di riferimento, tali da far si che il prodotto biosimilare presenti profili di qualità, per esempio in termini di impurezze, persino migliori rispetto all'originatore" (pag. 5-6).

A giudizio dell'AIFA che richiama sul punto le raccomandazioni EMA poi "la decisione circa la scelta prescrittiva del medicinale specifico da impiegare, di riferimento piuttosto che biosimilare, deve essere affidata a personale sanitario qualificato" essendo tale scelta "una decisione clinica affidata al medico specialista prescrittore".

Tuttavia, è significativo, secondo il Collegio, come la stessa AIFA ritenga che i farmaci biosimilari non solo costituiscono un'opzione terapeutica a disposizione dei curanti, "ma sono da preferire qualora costituiscano un vantaggio economico, in particolare per il trattamento dei soggetti "*naive"* (che non abbiano avuto precedenti esposizioni terapeutiche o per i quali le precedenti esposizioni in base al giudizio del clinico siano sufficientemente distanti nel tempo" (pag. 13-14).

5.2. Alla luce delle descritte prescrizioni da parte dell'AIFA, ritiene il Collegio che le disposizioni regionali impugnate, dettando indirizzi ai Direttori Generali delle Aziende Sanitarie in ordine al raggiungimento di un numero di prescrizioni di farmaci biosimilari pari all'incidenza dei pazienti di nuova diagnosi, pur invero riducendo il ruolo assegnato al medico prescrittore rispetto alle indicazioni statali, ne costituiscano sostanziale recepimento.

E' infatti lo stesso documento AIFA a sottolineare la tendenziale preferenza della prescrizione dei farmaci biosimiliari, ragion per cui le misure introdotte dalla Regione Umbria dispongono un ragionevole contemperamento tra le esigenze di contenimento della spesa pubblica sanitaria e il diritto alla salute costituzionalmente garantito, da ritenersi non già assoluto ma sempre più commisurato alle effettive disponibilità finanziarie (Consiglio di Stato sez. III, 22 gennaio 2014, n. 296; id. Adunanza Plenaria 2 maggio 2006, n. 8; Corte Costituzionale 23 luglio 1992, n. 356; id. 28 luglio 1995, n. 416).

5.3. Le doglianze di eccesso di potere e violazione dell'art. 32 Cost. di cui al primo motivo di gravame risultano, pertanto, tutte non meritevoli di positivo apprezzamento.

6. Del pari non condivisibili, secondo il Collegio, risultano le censure di violazione di legge affidate al secondo motivo di ricorso.

6.1. E' indubbio come la materia dell'equivalenza terapeutica tra i farmaci debba ritenersi saldamente in capo alla competenza statale esclusiva ai sensi dell'art. 117 c. 2 lett. m) Cost. al fine di garantire standard minimi e uniformi di tutela sanitaria su tutto il territorio nazionale, come già affermato anche dall'adito Tribunale (T.A.R. Umbria 26 aprile 2013, n. 254.)

Per le ragioni sopra esposte, con la deliberazione gravata la Regione, lungi dallo stabilire l'equivalenza terapeutica dei farmaci biosimilari rispetto a quelli *originator*, ha dettato indirizzi nei confronti dei Direttori Generali delle Aziende Sanitarie regionali al fine del raggiungimento del fondamentale obiettivo di contenimento della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, con ciò esercitando le proprie legittime prerogative in materia di politica sanitaria, nel rispetto dei principi scientifici fornite dall'AIFA.

6.2. Infine, oltre alle suesposte ragioni di sostenibilità della spesa sanitaria, va evidenziato come l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato abbia più vol-

te evidenziato la necessità di attuare una piena competizione tra farmaci biologici e biosimilari, riconducibili ad un unico mercato di riferimento (AGCMAS819 16 marzo 2011; id.AS1049 del 23 maggio 2013).

7. Per i suesposti motivi il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi ai sensi degli artt. 26 cod. proc. amm. e 92 c.p.c. per disporre la compensazione delle spese di lite, attesa la complessità e la parziale novità delle questioni trattate.

***

(1-2) Brevi note in tema di prescrittibilità dei farmaci biosimilari

SOMMARIO: 1. *Farmaci biosimilari ed equivalenza terapeutica*– 2. *Farmaci biosimilari e tutela del diritto alla salute.*

1. La sentenza in commento rappresenta un interessante"*landmark case*"in quanto affronta una tematica attualmente molto discussa[1] – ossia la tematica dell'equivalenza terapeutica tra farmaci biologici e biosimilari – nell'ambito di un contesto non ancora puntualmente affrontato, né in dottrina, né in giurisprudenza.

Tale contesto è rappresentato dalla verifica della legittimità di un provvedimento amministrativo (i.e. Delibera di Giunta Regionale) che impone ai Direttori Generali delle Aziende Sanitarie regionali di favorire l'utilizzo dei farmaci biosimilari (rispetto ai farmaci biologici di riferimento), con speciale riferimento ai pazienti di nuova diagnosi (c.d. "*naive*"), ossia pazienti mai sottoposti ad alcun trattamento con un determinato principio attivo,al fine conseguire un determinato tasso di utilizzo di tali farmaci, nell'ottica delle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Si tratta di un orizzonte d'analisi nuovo, atteso che, come puntualmente evidenziato anche nella pronuncia in commento, la giurisprudenza aveva affrontato la questione dell'equivalenza terapeutica tra farmaci biologici e biosimilarisolamente (i) con riferimento al diverso contesto delle "*gare di pubbliche forniture*"; e (ii) col diverso fine di verificare la necessità di individuare distinti lotti di gara per i farmaci biologici e per quelli biosimilari[2] e/o la legittimità dell'utilizzo dei prezzi (più bassi) dei farmaci biosimilari nella formazione dell'elenco prezzi[3] per la formula-

[1] Cfr. In dottrina: GUERRA, *La tutela della libertà terapeutica nella prescrizione di medicinali: spunti di analisi comparatistica sul caso dei farmaci biologici e biosimilari*, in *Salute Persona Cittadinanza*, 2013; MASSIMINO*, Farmaci biologici e biosimilari e tutela della salute e della concorrenza*, in *Dir. ind.*, Milano, Ipsoa, 2012, 328; CAZZANIGA - MARONI, *Bioequivalenza, intercambiabilità e sostituibilità*, in *Gior. it. Farmacoecon.*, 1, 2013, 24; CASSAMAGNAGHI - MIANI, *Farmaci biosimilari: l'approvvigionamento delle P.A. e l'equivalenza terapeutica "ponderata"*, in *Guida dir.,* 15 gennaio 2013.

[2] Si veda, per tale tematica, TAR Molise - Campobasso, sez. I, 15 febbraio 2013, n. 118, ove chiarisce che "*la possibilità di mettere in concorrenza l'acquisito di farmaci biosimilari con i rispettivi originator, stante la loro pacifica non automatica equivalenza dal punto di vista terapeutico, è condizionata alla necessità della dimostrazione in concreto, attraverso appositi studi clinici, della loro fungibilità a fini terapeutici. Pertanto è illegittimo il provvedimento del commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario della regione Molise, che, al fine di incentivare l'utilizzo di farmaci in grado di curare con la stessa efficacia terapeutica ma a condizioni economiche più vantaggiose per il S.s.r. e con specifico riferimento alla «Azione n. 7) farmaci biosimilari»*, ha fatto obbligo alla *Aziende Sanitarie Regionali di indire una gara con un obiettivo di risparmio medio per costo terapia di almeno il 40%."*.

[3] Sotto tale profilo, cfr. TAR Lazio - Roma, sez. III, 9 maggio 2013, n. 4600, ove è precisato che "*la co-*

zione dell'offerta.

Nel caso in esame, invece, la questione dell'equivalenza terapeutica tra farmaci biologici e biosimilari è stata puntualmente esaminata con riferimento alla legittimità dell'azione amministrativa nel bilanciamento dei due "opposti" parametri che dovrebbero guidare tale azione nel settore sanitario: da un lato, l'obbligo costituzionale di salvaguardare il più elevato livello di protezione della salute e della sicurezza del paziente nell'ambito del rispetto del principio della libertà di scelta terapeutica ad opera del personale sanitario qualificato; dall'altro, le sempre più impellenti esigenze di contenimento della spese pubblica.

E, proprio per poter porre addivenire ad un congruo bilanciamento dei contrapposti interessi sopra delineati nell'ambito della legittimità dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 97 della Cost., i Giudici Umbri hanno posto in essere una attenta ricostruzione normativa, sia con riferimento alle nozione di (a) farmaco biologico *originator*; e quella di (b) farmaco biosimilare, sia in relazione all'organo competente a riconoscere la sussistenza di una eventuale equivalenza terapeutica tra tali farmaci, con tutte le eventuali conseguenze in tema di liberta di scelta terapeutica da parte del personale sanitario.

Nello specifico, infatti, il TAR Umbria - dopo aver chiarito che un farmaco si definisce "biologico" se il suo principio attivo è costituito da una sostanza biologica, cioè da una "*sostanza prodotta, o estratta da una fonte biologica"* (cfr. punto 3.2.1.1. della Direttiva 2001/83/CE[4]), mentre si definisce "biosimilare"[5] se si tratta di un

munità scientifica e gli organismi preposti al settore (AIFA. ed EMA) escludono la vicendevole sostituibilità terapeutica tra farmaci originator e biosimilari, come rilevabile anche dalle concrete modalità di somministrazione che escludono determinate forme di somministrazione per i biosimilari. Tale distinzione, oltre che assecondare il principio della continuità terapeutica e della libertà prescrittiva, che impongono per la salute del paziente la continuità nell'assunzione del medesimo farmaco originator e la non interscambiabilità con il «biosimilare», è stata riconosciuta anche in ambito giurisprudenziale in relazione alla legittimità, per le stazioni appaltanti, di dare luogo a procedure negoziate, di indire gare per lotti separati o in unico lotto ma con possibilità di richiedere la fornitura del biotech al prezzo offerto in gara, riconoscendone, appunto, la diversità sostanziale; pertanto appare illogica e carente nella fase istruttoria la conclusione che ha portato l'Osservatorio dei contratti pubblici, nel dare luogo all'elenco con i prezzi di riferimento di alcuni farmaci, a prendere come riferimento esclusivamente il prezzo (più basso) di aggiudicazione del *farmaco «biosimilare»*, senza darsi carico dell'approfondimento in ordine alla effettiva compatibilità con l'originator, che la comunità scientifica e la stessa AIFA escludono."

[4] Cfr. Direttiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano. Tale Direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

[5] La nozione di farmaco biosimilare è stata introdotta nell'ordinamento comunitario nel 2004 con la Direttiva 2004/27/CE, al cui Considerando (15) si precisa che "*i medicinali biologici simili ad un medicinale di riferimento solitamente non soddisfano tutte le condizioni della definizione del medicinale generico, principalmente a causa delle caratteristiche del processo di fabbricazione, delle materie prime utilizzate, delle caratteristiche molecolari e dei modi di azione terapeutica."*

Una più specifica definizione di farmaco biosimilare è stata poi fornita dall'*European Medicine Agency* ("EMA"), ossia dall'Agenzia europea per i medicinali istituita dal regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario. L'EMA, nel documento 940451/2011, rubricato "*Procedure per farmaci biosimilari"*, del marzo 2013, al paragrafo 5 precisa quanto segue: "*un analogo medicinale biologico, noto anche come "biosimilare", è un prodotto che è simile a una medicina biologica che è già stato autorizzato, conosciuto come "medicinale di riferimento". Il principio attivo di un biosimilare e quello del suo medicinale di riferimento sono di fatto la stessa sostanza biologica, tuttavia possano essere presenti differenze minori dovute alla loro natura complessa e alle tecniche di produzione. Come il medicinale di riferimento, il biosimilare presenta un certo grado di variabilità naturale. Un biosimilare viene approvato quando e stato dimostrato che tale variabilità naturale ed eventuali differenze*

farmaco simile per qualità, efficacia e sicurezza al farmaco biologico di riferimento (il c.d. farmaco biologico *originator*[6]) non più soggetto a copertura brevettuale, che però viene commercializzato a prezzi inferiori - ha ribadito con un chiaro iter logico argomentativo quanto già dagli stessi affermati in precedenti pronunce[7], ossia che l'unico organo competente a valutare l'equivalenza terapeutica tra i farmaci è l'Agenzia Italiana del Farmaco – AIFA.

A tal riguardo, infatti, il Tribunale Amministrativo Umbro ha evidenziato che "*l'art. 15 comma 11 - ter del D.L. n. 179 del 2012, convertito in L. n. 135 del 2012.* [i.e. la c.d. *"Spending Review"*], *inserito dall' articolo 13-bis, comma 1, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in L. n. 22 del 2012 ed in vigore dal 19 dicembre 2012",* prevedendo che "*nell'adottare eventuali decisioni basate sull'equivalenza terapeutica tra medicinali contenenti differenti principi attivi, le regioni si attengono alle motivate e documentate valutazioni espresse dall'Agenzia Italiana del Farmaco*", non faccia altro che ribadire *"principi invero già desumibili dall'ordinamento e dal riparto di competenze tra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost."*.

E' infatti noto che l'art. 117 Cost., comma 2 lett. m)[8] assegna allo Stato la "*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*[9]*"* e alle Regioni una competenza concorrente in materia di "*tutela della salute"*.

In ossequio a tale ripartizione, la giurisprudenza amministrativa umbra[10] ha più volte ribadito che "*compete allo Stato la valutazione in merito all'equivalenza di diversi principi attivi*[11]*, non essendo qui configurabile una disciplina differenziata per singola Regione, non potendo le stesse Regioni incidere autonomamente nel merito delle scelte terapeutiche (ex plurimis, Corte Costituzionale 14 novembre*

---

rispetto al medicinale di riferimento non influiscono sulla sicurezza o sull'efficacia. Un analogo medicinale biologico e il medicinale di riferimento che abbiano lo stesso profilo di sicurezza ed efficacia e sono generalmente usati per trattare le stesse condizioni patologiche".

L'*iter* di registrazione di un farmaco biosimilare risulta decisamente più complesso e articolato rispetto ai farmaci non biologici, posto che mentre per questi ultimi è sufficiente presentare i risultati degli studi di bioequivalenza, per i biosimilari si rende necessario effettuare una pluralità di studi volti ad evidenziare le differenze con l'*originator*. Per approfondimenti, cfr. Documento EMA del 22.06.2007, contenente domande e risposte sui medicinali biosimilari (prodotti medicinali biologici simili), reperibile in *www.emea.europa.eu.*

[6] Cfr. si definisce *originator* il farmaco biologico di riferimento che ha già ottenuto l'autorizzazione per il mercato europeo ai sensi dell'art. 8 della Direttiva 2001/83/CE.

[7] Cfr. TAR Umbria – Perugia, 26 aprile 2013, n. 254, ove si chiarisce che *"l'AIFA ai sensi dell'art 48 della legge 24 novembre 2003, n. 326, ha il compito, tra l'altro, di garantire l'unitarietà della materia farmaceutica ivi compresa la valutazione e la classificazione dei farmaci e la stessa messa a punto di azioni di contenimento della spesa farmaceutica. Compete pertanto allo Stato la valutazione in merito all'equivalenza di diversi principi attivi, non essendo configurabile una disciplina differenziata per singola Regione, non potendo le stesse Regioni incidere autonomamente nel merito delle scelte terapeutiche"*.

[8] Art. 117, comma 2, lett. m) Cost.: "*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"*. Il successivo comma 3 della norma costituzionale in esame precisa poi che "*Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a:* (Omissis) *tutela della salute"*.

[9] Sui livelli essenziali delle prestazioni, cfr. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. Cost*. 2011, 4, 3371.

[10] Cfr. TAR Umbria - Perugia 26 aprile 2013, n. 255 e TAR Umbria - Perugia 26 aprile 2013, n. 256.

[11] In tal senso, si veda Cons. Stato, Sez. I, ordinanza 103 del 6 febbraio 2013, ove si chiarisce che l'equivalenza terapeutica deve essere stabilita dall'AIFA ex ante e non ex post in occasione di un ricorso giurisdizionale.

2003, n. 338 [12])".

Lo Stato effettua tale "*la valutazione in merito all'equivalenza di diversi principi attivi"* tramite l'AIFA, ossia l'Agenzia istituita dall'art. 48 della legge 24 novembre 2003 n. 326[13] proprio per "*garantire l'unitarietà della materia farmaceutica e l'equivalenza terapeutica tra i farmaci*", ivi compresa – come precisato dal Tribunale Amministrativo Regionale Umbro – "*la valutazione e la classificazione dei farmaci e la stessa messa a punto di azioni di contenimento della spesa farmaceutica*"[14].

Tale Agenzia, infatti, come precisato nel relativo regolamento di disciplina[15], deve attuare"*i compiti e le funzioni previsti dall'articolo 48, commi 3 e 5, della legge di riferimento"* operando *"per la tutela del diritto alla salute, garantito dall'articolo 32 della Costituzione, per l'unitarietà del sistema farmaceutico, per l'accesso ai farmaci innovativi ed ai farmaci per le malattie rare, per l'impiego sicuro ed appropriato dei medicinali, per gli investimenti in ricerca e sviluppo nel settore farmaceutico, per il rafforzamento dei rapporti nazionali con le Agenzie degli altri Paesi e con l'Agenzia europea per la valutazione dei medicinali".*

Di conseguenza, come chiarito dal Collegio Giudicante sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale[16], è compito dell'AIFA stabilire caso per caso la sussistenza o meno di una equivalenza terapeutica tra farmaci biosimilare e farmaci biologici *originator*.

E, come chiarito sempre dal Tribunale Amministrativo Umbro, l'AIFA è anche l'organo competente ad effettuare delle valutazioni di tipo economico laddove la stessa Agenzia"*riconosca una sostanziale equivalenza terapeutica tra i farmaci, nell'ambito di una categoria omogenea".*

Ciò in quanto, comunque, le valutazioni di ordine economico devono avvenire "*senza pregiudizio per il paziente*" e, quindi, per essere tali, le suddette valutazioni "*debbono evidentemente valere su tutto il territorio nazionale in quanto riservate*

---

[12] Cfr. Corte Cost. 14 novembre 2003, n. 338, che aveva dichiarato l'illegittimità di alcune leggi regionali della Regione Toscana perché contrastanti "*con i principi fondamentali della legislazione nazionale in materia sanitaria, perché pretendono di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche, in difformità da (o quand'anche in assenza di) determinazioni a livello nazionale, introducendo discipline differenziate, sul punto, per singole Regioni*".

[13] La l. 24 novembre 2003, n. 326 ha convertito in legge con modificazioni, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, recante "*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*", il quale, all'art. 48, comma 2, precisa che *"[..] al fine di garantire l'unitarietà delle attività in materia di farmaceutica e di favorire in Italia gli investimenti in ricerca e sviluppo, è istituita, con effetto dal 1 gennaio 2004, l'Agenzia Italiana del Farmaco, di seguito denominata Agenzia, sottoposta alle funzioni di indirizzo del Ministero della salute e alla vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze [..]".*

[14] Cfr. TAR Umbria - Perugia 26 aprile 2013, n. 255 cit.

[15] Cfr. Regolamento di organizzazione, di amministrazione, dell'ordinamento del personale dell'Agenzia italiana del farmaco, definitivamente adottato dal Consiglio di amministrazione dell'Agenzia con delibera 6 novembre 2014, n. 41.

[16] Tale consolidato orientamento giurisprudenziale sancisce che l'equivalenza terapeutica debba essere accertata "caso per caso", con esclusione di un'automatica applicazione della stessa (cfr. In tal senso, TAR Molise – Campobasso, sez. I, 15 febbraio 2013, n. 118 che, in riferimento ai farmaci biotecnologici, ha ribadito che "*è proprio la loro non equivalenza che impone di verificare in concreto, di volta in volta, , se in relazione a ciascuna specifica indicazione terapeutica le evidenze cliniche consentano di affermarne la parità di efficacia e sicurezza, sempre che una tale equivalenza non sia già stata accertata dall'AIFA*". Parimenti, di recente, cfr.TAR Lazio – Roma, sez. III *quater*, 29 luglio 2015, n. 10391, TAR Lombardia Milano, sez. IV, 21 aprile 2015, n. 993). In dottrina, cfr. Marata - Magnano, *I biosimilari fra presente e futuro,* relazione tenuta nel corso della presentazione del Rapporto OsMed 2010 *Analisi della prescrizione farmaceutica in Italia, Roma, 7 luglio 2011* e Genazzani, *Oltre i biosimilari,* in www.biosimilari.eu.

alla competenza di organi statali, nella fattispecie la Commissione Tecnico Scientifica dell'AIFA"[17].

E, proprio sulla base di tale presupposto (i.e. unicità della competenza dell'AIFA in materia di equivalenza terapeutica dei farmaci), il Collegio Giudicante ha motivatamente e correttamente respinto ogni interpretazione *ex adverso* strumentalmente prospettata da parte ricorrente (i.e. una azienda farmaceutica produttrice di farmaci biologici) della gravata deliberazione come affermazione da parte della Regione Umbria della sussistenza di una equivalenza terapeutica tra farmaci biologici *originator* e relativi farmaci biosimilari, con relativo obbligo di prescrizione dei farmaci biosimilari nei pazienti c.d. "*naive*" .

Di contro,il TAR Umbria ha ritenuto pienamente legittima la gravata delibera riconoscendone il carattere sostanzialmente attuativo rispetto alle posizioni assunte dall'AIFA in tema di equivalenza tra farmaci biologici *originator* e rispettivi farmaci biosimilari nel c.d. *Position Paper* sui Farmaci Biosimilari del 13.05.2015[18] pubblicato dall'AIFA sul proprio sito istituzionale.

Ed infatti, dopo aver effettuato nella stessa pronuncia in esame una dettagliata analisi dei contenuti di tale *Position Paper*[19], il Collegio Giudicante ha acutamente evidenziato che l'AIFA, come la giurisprudenza consolidatasi in materia[20], esclu-

[17] Cfr. TAR Umbria - Perugia 26 aprile 2013, n. 255 cit. In dottrina, cfr. Lamberti (a cura di), *Itinera – Dir. san.,* Milano, 2011.

[18] Si evidenzia che in data 6 marzo 2015, l'AIFA ha riaperto la consultazione pubblica sul documento *Position Paper*, precisando che i "*temi inerenti alla biosimilarità tra farmaco biologico originatore e corrispondente biosimilare e al relativo processo di accertamento condotto centralmente dall'EMA non saranno oggetto di ulteriori approfondimenti e/o chiarimenti, in considerazione dell'ampia trattazione già condotta nella versione attuale del Position Paper. Analogamente, rispetto al principio di centralità del medico prescrittore nella scelta tra biologico originatore e corrispondenti prodotti biosimilari, si conferma quanto già posto in essere dall'Agenzia, anche relativamente alla non automatica sostituibilità".* Il *Position Paper* era stato elaborato sulla base di un *Concept Paper* redatto in data 1 agosto 2012 e sottoposto alla procedura di pubblica consultazione conclusasi in data 31 ottobre 2012.

[19] Cfr. Position Paper AIFA: "*La perdita della copertura brevettuale permette l'entrata sulla scena terapeutica dei farmaci cosiddetti "biosimilari", medicinali simili ai farmaci biologici originatori non più soggetti a copertura brevettuale, che possono essere prodotti dalle industrie farmaceutiche secondo procedure e normative espresse da specifiche linee guida europee e commercializzati a prezzi inferiori rispetto ai prodotti originatori. I farmaci biosimilari sono, quindi, medicinali biologici autorizzati dall'Agenzia Europea dei Medicinali (European Medicines Agency – EMA) simili per qualità, efficacia e sicurezza al prodotto biologico di riferimento. La disponibilità dei prodotti biosimilari rappresenta un fattore importante per il mantenimento della sostenibilità economica*".

[20] Cfr. sotto tale profilo, Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2011 n. 3572, ove il Supremo Consesso chiarisce che "*i prodotti similari, benché legalmente approvati ed autorizzati, non si possono considerare pienamente equivalenti, dal punto di vista scientifico e terapeutico, al prodotto originator".* Ciò in quanto, mentre *"nel caso dei farmaci chimici, ogni prodotto è pienamente equivalente all'altro ("originator" o meno) sempreché sia accertata l'identità del composto chimico (molecola). In effetti in questi casi si parla correntemente di farmaci "equivalenti" o "generici"; e com'è noto il servizio sanitario pubblico si rivolge naturalmente al prodotto di minor prezzo, lasciando ai pazienti (e per essi ai medici curanti) la libertà di sceglierne altri, purché assumano a proprio carico la differenza di prezzo.*

I farmaci biotecnologici, invece, proprio per la complessità e la natura dei processi di produzione, non sono mai pienamente identici, ancorché si basino su un medesimo principio attivo (nella specie, la epoetina alfa) ed abbiano le stesse indicazioni terapeutiche. Infatti nel loro caso non si usa il termine "equivalente" (o "generico"), bensì "similare" o "biosimilare". Le differenze che residuano fra l'"originator" e i similari, e anche fra similare e l'altro non sono del tutto irrilevanti".

Nel medesimo senso della insussistenza di una automatica sostituibilità tra farmaco biologico di riferimento e biosimilare si è espresso anche il TAR Lazio - Roma, Sez. III, nelle pronunce del 9 maggio 2013, n. 4599 e n. 4600, nelle quali ha espressamente riconoscendo che "*la comunità scientifica e la stessa AIFA*

de *"la vicendevole sostituibilità*[21]*terapeutica tra farmaci originator e biosimilari",* ribadendo che una eventuale possibilità di sostituzione deve essere accertata caso per caso da parte del personale medico specializzato, unico soggetto competente ad effettuare la scelte cliniche in materia di salute del paziente.

Tuttavia, stante la mancanza di una tale automatica sostituibilità, come puntualmente evidenziato nella pronuncia in esame, l'AIFA nel *Position Paper* riconosce che i farmaci biosimilari, proprio per la loro similitudine in termini di qualità, efficacia e sicurezza rispetto al farmaco biologico, costituiscono non solo "*un'opzione terapeutica a disposizione dei curanti"* ma anche un'opzione terapeutica da preferire in particolare per il trattamento dei soggetti "*naive*" (ossia i soggetti non sottoposti in precedenza a trattamenti con uno specifico principio attivo) proprio per la loro convenienza in termini economici.

Con tale considerazione i Giudici Umbri accolgono dunque quell'orientamento interpretativo, espresso dal Supremo Consesso[22],che riconosce la possibilità di utilizzare i farmaci biosimilari per i soggetti *"naive*" in quanto "*nel caso di pazienti che ancora non abbiano iniziato alcun trattamento, in genere è indifferente che usino un prodotto invece di un altro* [farmaco biologico *originator* o farmaco biosimilare]" (ferma restando la possibilità riconosciuta dal medesimo Consiglio di Stato della presenza di particolari condizioni cliniche nel paziente *"naive*"che consiglino l'impiego di un prodotto specifico a preferenza degli altri similari).

Ciò in quanto "è opinione comune e consolidata, in tutte le sedi scientifiche, che qualora un paziente abbia già iniziato il trattamento con un prodotto basato su un certo principio attivo biotecnologico sia necessario proseguirlo sempre con lo stesso prodotto, e non con altri pur basati sul medesimo principio attivo; a meno che non siano emersi specifici inconvenienti che richiedano un cambiamento".

Ed è proprio sulla base di tale posizione relativa ai soggetti "*naive*" assunta dall'AIFA[23] e riconosciuta anche dalla giurisprudenza del Supremo Consesso che il TAR Umbria ha riconosciuto la piena legittimità della gravata delibera, ritenendola esito di ragionevole contemperamento tra le esigenze di contenimento della spesa pubblica sanitaria e la libertà di scelta terapeutica del farmaco da parte del personale sanitario.

2. La pronuncia in esame, per la chiarezza del percorso logico argomentativo, è da ritenersi dunque un rilevante ed innovativo contributo nel percorso giurispru-

---

escludono "*la compatibilità del farmaco biosimilare con l'originator".*

[21] In proposito si ricorda che l'AIFA non ha incluso i farmaci biosimilari nelle liste di trasparenza che consentono la sostituibilità automatica ad opera dell'ente acquirente o del farmacista previste nell'art. 13 -bis del d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, contenente ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, convertito in l. con modificazioni dall'art. 1, comma 1, l. 17 dicembre 2012, n. 221, che modifica il comma 11 *bis* dell'articolo 15 del d. l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135. Ciò in quanto "*in Italia la posizione dell'AIFA, in sintonia con quella di altre Agenzie regolatorie, chiarisce che i medicinali biologici e biosimilari non possono essere considerati sic et simpliciter alla stregua dei prodotti equivalenti, escludendone quindi la vicendevole sostituibilità terapeutica"* (cfr. *Position Paper*).

[22] Cfr. Cons. St., sez. III, 13 giugno 2011 n. 3572 cit., ove l'Ecc.mo Consiglio di Stato sancisce il principio secondo il quale *"i vari prodotti (originator e similari) basati sullo stesso principio attivo, benché in qualche misura differenti tra loro a motivo della complessità dei rispettivi processi produttivi (e dunque non "equivalenti" in senso stretto), possono essere usati come se fossero equivalenti, nella generalità dei casi e salvo eccezioni, sempreché si osservi la cautela, una volta iniziato il trattamento con un prodotto (non importa quale) di proseguirlo sempre con lo stesso prodotto salvo eccezioni. Non risultano elementi da cui si possa desumere la superiorità qualitativa di un prodotto rispetto all'altro...".*

[23] Cfr. Position Paper AIFA sui Farmaci Biosimilari del 13.05.2015

denziale di definizione dei limiti dell'azione amministrativa in materia di tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost.

Tale sentenza, infatti - con una motivazione puntuale e pienamente condivisibile – riconosce nella deliberazione della Regione Umbria il frutto di un contemperamento tra: (i) le esigenze di tutela della salute, sotto i profili della continuità terapeutica dei pazienti, della libertà prescrittiva del medico e della sicurezza dei prodotti biosimilari; e (ii) le esigenze di concorrenzialità ed economicità dell'azione amministrativa.

Tale contemperamento di interessi legittimo è da ritenersi – ad avviso dei Giudici Umbri – pienamente legittimo proprio perché effettuato in piena conformità alla posizione assunta dall'unica autorità scientifiche competente secondo l'ordinamento italiano a statuire l'equivalenza terapeutica tra farmaci biosimilari e corrispettivi farmaci biologici *originator* , cioè l'AIFA.

Ed infatti, proprio come chiarito dal Tribunale Amministrativo sulla base di un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale[24], un intervento legislativo regionale come quello posto in essere dalla Regione Umbria, proprio perché intervento effettuato nell'esercizio di una competenza legislativa concorrentecome è quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute, non può incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche con introduzione di una disciplina differenziata per singola Regione, ma deve seguire le indicazioni date a livello nazionale dall'AIFA.

Nel valutare la legittimità del contemperamento di interessi posto in essere dalla deliberazione della Regione Umbria, il Tribunale Amministrativo tuttavia effettua una "fuga in avanti" rispetto agli orientamenti espressi dalla precedente giurisprudenza sul tema.

Ciò in quanto il Collegio Giudicante individua, con grande chiarezza di analisi, i principi che dovrebbero guidare l'azione amministrativa nell'ambito di una materia così delicata ed ancora poco conosciuta come quella dei farmaci biosimilari.

Ed infatti la pronuncia in esame chiarisce chele esigenze di economicità dell'azione amministrativa (rappresentate nel caso di specie dalla preferenza" imposta dalla deliberazione della Regione Umbria verso i farmaci biosimiliari) possano prevalere rispetto a quelle di tutela della vita e dell'incolumità fisicasolo se: (i) è stata riconosciuta nel caso concreto l'equivalenza terapeutica del farmaco biosimilare con il corrispettivo farmaco biologico *originator*; e (ii) il paziente è "*drugnaive*", ossia non è stato precedentemente trattato con un diverso principio attivo. E ciò al fine di non violare né il diritto alla continuità terapeutica di un paziente già trattato con un determinato principio attivo[25], né tantomeno il principio della libertà

[24] In tal senso, *ex plurimis,* si veda: Corte Cost. 11 luglio 2008, n. 271 ove si precisa che l'equivalenza terapeutica di un farmaco e, quindi, la sua rimborsabilità "*è configurata dal legislatore statale come il punto di arrivo di uno speciale procedimento amministrativo, in particolare caratterizzato dal determinante ruolo valutativo di un apposito organo tecnico nazionale sulla base dei criteri determinati dal legislatore statale (C.Cost. 271/2008)*". Nello stesso senso, cfr. Corte Cost. 11 febbraio 2010, 44.

In dottrina si segnala Cintioli, "*La riserva di amministrazione e le materie trasversali: «dove non può la Costituzione può la legge statale?». Ossia «la trasversalità oltre se stessa»",* in *Giur. cost*. 2008, 4, 3072.

[25] Sotto tale profilo, cfr. Cons. St., sez. III, 23 dicembre 2011, n. 6809, ove il Supremo Consesso riconosce che *"nel caso invece di pazienti che ancora non hanno iniziato alcun trattamento, in genere è indifferente che usino un prodotto invece di un altro (fermo restando che poi il trattamento dovrà proseguire sempre con lo stesso prodotto). E' tuttavia ipotizzabile che anche nel caso di un paziente sinora mai sottoposto al trattamento concorrano speciali condizioni cliniche che consiglino l'impiego di un prodotto specifico a preferenza degli altri biosimilari".* Parimenti, si veda: Cons. St., sez. III, 13 giugno 2011, n. 3572, ove si afferma che "i *vari prodotti ("originator" e similari) basati sullo stesso principio attivo, benché in qualche*

di scelta terapeutica del medico[26].

Di conseguenza, ad avviso del Collegio Giudicante, la Regione Umbria con la deliberazione impugnata non haintrodotto (come apoditticamente dedotto dal ricorrente) "*un principio di fungibilità tra farmaci biologici originator e farmaci biosimilari*", imponendo l'uso di tali farmaci in tutti i pazienti "*naive",* ma si è limitata ad introdurre, sotto forma di "linee di indirizzo", a parità di efficacia terapeutica e sempre fatta salva la libertà della scelta prescrittiva del medico, un principio di preferenza del farmaco biosimilare nei pazienti "*naive"*per i connessi vantaggi economici, al fine di venire incontro alle esigenze di contenimento della spesa pubblica[27].

In altri termini, ciò che in questa sede è importante rilevare, perché costituisce il tratto peculiare e caratterizzante la pronuncia *de qua,*è che il Collegio Giudicante interpreta il parametro della legittimità dell'azione amministrativa in una materia come quella dell'utilizzo dei farmaci biosimilari alla luce di un chiaro criterio di precauzione, secondo il quale l'interesse preminente è sempre e comunque la piena tutela della salute da ogni possibile e remoto rischio.

In tal senso, pertanto, può essere affermato che la sentenza in esame è il frutto di una interpretazione della normativa nazionale basata sulle norme comunitarie, e, in particolare, sul principio di precauzione cristallizzato (seppur in materia ambientale) nell'art. 191 par. 2, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea[28].

---

misura differenti fra loro a motivo della complessità dei rispettivi processi produttivi (e dunque non "equivalenti" in senso stretto) possono essere usati come se fossero equivalenti, nella generalità dei casi e salvo eccezioni; sempreché si osservi la cautela, una volta iniziato il trattamento con un prodotto (non importa quale), di proseguirlo sempre con lo stesso prodotto, di nuovo salvo eccezioni."

[26] A livello comunitario questo principio di libertà della scelta terapeutica del medico è rinvenibile nella sentenza della Corte di Giustizia del 5 maggio 2011 sul procedimento 316/2009 che asserisce seppur in via incidentale, ma comunque inequivocabile, il primato del medico nella scelta della cura. A livello nazionale, cfr. Cass. Pen., sez. IV, 2 marzo 2011 n. 8254, ove si ribadisce che il medico deve praticare la professione medica in scienza e coscienza, perseguendo la cure del malato come unico fine, senza farsi condizionare da direttive, che, per quanto legittimamente ispirate ad obiettivi di risparmio, non siano pertinenti rispetto ai compiti affidatigli della legge ed elle conseguenti relative responsabilità. Secondo la Cassazione, infatti, il rispetto delle "linee guide regionali" non pub costituire di per se il parametro di riferimento della legittimità di valutazione della condotta del medico, ne può aggiungere o togliere alcunché al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate, ne può rappresentare una causa esimente rispetto alla responsabilità del medico nella cura del paziente.

[27] Con tale conclusione, i Giudici Umbri si conformano a quella posizione giurisprudenziale, già assunta dal TAR Puglia, sez. II, nella sentenza 19 marzo 2015 n. 445. In tale pronuncia, invero, il TAR Puglia aveva riconosciuto la legittimità di un delibera della Giunta Regionale della Regione Puglia nella quale si imponeva al medico prescrittore l'indicazione di una specifica motivazione qualora non ritenga di "*poter utilizzare sui pazienti naive il farmaco biosimilare o biologico originatore al costo terapia più basso rispetto al costo terapia di un altro farmaco biosimilare o biologico originatore*". Nel dettaglio il suddetto TAR ha ritenuto tale deliberazione non lesiva della libertà di scelta terapeutica del medico prescrittore in quanto il suggerimento a favore dei farmaci biosimilari contenuto in tale delibera presuppone l'accertamento nel caso concreto della pari efficacia terapeutica e tollerabilità tra farmaco biologico *originator* e relativo farmaco biosimilare ("*Il presupposto, dunque, per poter ritenere applicabili le linee di indirizzo di che trattasi nella parte in cui consigliano di preferire il farmaco meno costoso, è che i due farmaci (quello più costoso e quello meno costoso) abbiano non solo pari efficacia terapeutica, ma anche pari tollerabilità e tale valutazione non può che essere riservata al medico prescrittore*").

[28] Tale norma prevede che: "*la politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga»".*

Tale principio invero, come chiarito dalla giurisprudenza consolidatasi in materia, si deve tenere presente "*ogni qual volta si debba adottare un atto amministrativo connesso con un'attività* (quale è nel caso di specie la delibera della Regione Umbria con la quale si impone una preferenza per i farmaci biosimilari) *che presenta un rischio potenziale per la salute pubblica, anche se questo rischio non può essere interamente dimostrato o la sua portata non può essere quantificata e determinata per l'insufficienza dei dati scientifici, dovendosi tenere conto non solo dell' orizzonte di breve e medio periodo, ma soprattutto dei rischi di lungo periodo e dei diritti delle generazioni future*"[29].

E, proprio come correttamente evidenziato dal TAR Umbria sulla base delle considerazioni espresse dall'unica autorità competente in materia, l'utilizzo dei farmaci biologici, per le loro caratteristiche intrinseche, è tale da non consentire a priori di escludere né minimizzare il rischio di manifestazione di reazioni avverse nel singolo paziente o il verificarsi di altre conseguenze pregiudizievoli per la salute[30].

Quindi, ogni manifestazione del potere amministrativo riguardante l'utilizzo di tali farmaci è legittima solamente nella misura in cui (i) siano state assunte tutte le precauzioni possibili a tutela della salute umana, come ad esempio la limitazione della preferenza per i farmaci biosimilari solo per i pazienti "*naive*"; e (ii) sia stata fatta salva comunque la libertà di scelta terapeutica del medico, al fine di garantire la migliore tutela possibile dell'individuo.

Tale conclusione, a motivato avviso del TAR Umbria, appare conforme anche alla posizione espressa in materia di farmaci biosimilari dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato ("AGCM").

L'AGCM, invero, ha più volte evidenziato la necessità di attuare una piena competizione tra farmaci biologici e biosimilari, dato che – proprio per la similitudine esistente tra le due tipologie di farmaci in termini di efficacia, sicurezza e qualità – "*il farmaco biosimilare deve ritenersi un prodotto parte dello stesso mercato rilevante al quale appartiene la specialità biologica di riferimento*"[31]. Ciò sulla base di "*un flessibile concetto di equivalenza terapeutica tra farmaci biologici originatori e*

---

[29] Cfr. TAR Lazio Roma, Sez. II *bis*, 20 gennaio 2012, n. 663.

[30] l'AIFA, nella parte conclusiva del *Position Paper* ha rilevato che la stessa "*si riserva, comunque, di valutare caso per caso l'applicabilità dei principi generali enunciati in questo Position Paper, nonché quella di modificare le proprie posizioni sui singoli prodotti e/o sulle singole categorie terapeutiche in relazione al tempo di commercializzazione dei prodotti interessati, alle evidenze scientifiche acquisite, al numero di pazienti trattati nella pratica clinica, agli PSUR presentati all'EMA, agli studi PAES e PASS, e alle informazioni estrapolabili da eventuali registri*", ribadendo così la consapevolezza dei potenziali rischi e la necessità di valutare il singolo caso concreto.

[31] Cfr. Parere AGCM AS819, *Nuove disposizioni in materia di farmaci biosimilari* del 22 marzo 2011, ove la suddetta Autorità, dopo aver riconosciuto che "*un farmaco biosimilare non può rappresentare una "copia esatta" del prodotto biotecnologico di riferimento*" in quanto *"il processo produttivo di un farmaco di natura biologica - che ne costituisce la componente essenziale - non può essere riprodotto esattamente in ambienti diversi. Questo fa sì che un biosimilare sia definito come un farmaco simile - ma non identico - di un prodotto originator",* precisa che tale differenza "*non può in alcun modo condurre alla conclusione che il biosimilare sia un farmaco inferiore rispetto all'originator. Al riguardo, appare rilevante la circostanza per cui il processo di autorizzazione del medicinale biosimilare - diverso da quello abbreviato e semplificato previsto per i generici e condotto esclusivamente dall'EMA in via centralizzata - richiede la dimostrazione dei profili di efficacia e di sicurezza del farmaco attraverso lo svolgimento di un "esercizio di comparabilità" basato su appositi test preclinici e clinici. Questo processo garantisce la sostanziale equivalenza in termini di qualità, sicurezza ed efficacia di un farmaco biosimilare con il prodotto di riferimento".*

biosimilari"[32].

Non solo. La conclusione a cui è correttamente giunto il TAR Umbria appare del tutto coerente anche con la posizione assunta dalla Commissione Europea, la quale ha più volte chiarito che "*la disponibilità di biosimilari migliora la concorrenza e può contribuire ad ampliare la platea dei pazienti che possono accedere ai farmaci biologici, contribuendo alla sostenibilità dei sistemi sanitari europei*"[33].

In sintesi a tutte le considerazioni sopra esposte, emerge dunque che la sentenza in commento è degna di nota in quanto dimostra la grande capacità di analisi del Collegio Giudicante nell' "interpretare" i principi giuridici "ancorandoli", con un chiaro *iter* motivazionale, agli specifici caratteri del caso di specie, al fine di trovare il miglior contemperamento di tutti gli interessi coinvolti, nell'ottica della migliore tutela possibile della salute umana.

ALESSANDRA FANI

[32] Cfr. Parere AGCM AS1049, *Disciplina speciale di alcune gare per la fornitura di farmaci*, in Bollettino n. 21 del 3 giugno 2013.

[33] Cfr. Commissione UE, *What you Need to Know about Biosimilar Medicinal Products*, *Consensu Information Document*, 19 aprile 2013, p. 5

T.A.R. UMBRIA – Sez. I –11 marzo 2015, n. 178 – *Pres.* LAMBERTI– *Est.* AMOVILLI– *Omissis* (Avv. S. Centofanti) c. Ministero della Difesa (Avvocatura dello Stato)

Verificazione - Differenze con c.t.u. - Disposizioni dettate per c.t.u. - Inapplicabilità - Istanza di rinnovazione verificazione - Inammissibilità (art. 66 c.p.a.; art. 39 c.p.a.; art. 196 c.p.c.).

Verificazione - Imparzialità del verificatore - Competenza tecnica del verificatore - Appartenenza organica del verificatore all'Amministrazione parte in causa - Irrilevanza (art. 19 c.p.a.).

Pubblico impiego - Patologia per causa di servizio - Causa efficiente e determinante - Evento eccezionale eccedente le ordinarie condizioni lavorative - Turni di lavoro disagiati e stressanti - Fattore di rischio ordinario nel servizio militare - Insussistenza.

Pubblico impiego - Patologia per causa di servizio -Discrezionalità tecnica - Manifesta illogicità, irragionevolezza - Sindacabilità - Adeguatezza del criterio tecnico e correttezza procedimento applicativo - Sindacabilità - Apprezzamento tecnico - Insindacabilità (art. 3 l. 241/1990).

L'istituto della verificazione si distingue dalla consulenza tecnica d'ufficio non soltanto sul piano soggettivo, comportando l'intervento, quale ausiliario del giudice, di un organismo necessariamente appartenente alla Pubblica Amministrazione e non di un privato, ma anche sul piano oggettivo, consistendo in un'attività di accertamento, di natura essenzialmente descrittiva, di fatti non desumibili dalle risultanze documentali, allo scopo di ampliare la conoscenza del giudice, laddove invece la c.t.u. si risolve nella valutazione di fatti già emergenti dagli atti di causa, ma comprensibili soltanto se esaminati alla luce di cognizioni tecnico – specialistiche: stanti tali differenze, la disciplina della verificazione non può essere integrata dalle disposizioni dettate in materia di c.t.u., dovendosi di conseguenza ritenere inammissibile l'istanza di rinnovazione della verificazione fondata sull'art. 196 c.p.c. (1).

Qualora l'organismo verificatore incaricato sia effettivamente dotato di specifiche competenze tecniche nella materia oggetto di verificazione, la verificazione eseguita è legittima ancorchè tale organismo sia legato da rapporto organico con l'Amministrazione parte in causa: difatti, il possesso delle cognizioni tecnico – scientifiche, necessarie per risolvere il quesito formulato dal giudice, garantisce l'idoneità dell'organismo in questione ad eseguire correttamente la verificazione, risultando in tal modo soddisfatto il requisito richiesto dall'art. 19 c.p.a. e divenendo di conseguenza irrilevante il problema della non perfetta estraneità del verificatore ad una delle parti (2).

La sottoposizione a turni di lavoro disagiati, tali da generare stanchezza e momenti di stress, costituisce fattore di rischio ordinario e generico nell'ambito del servizio militare: una siffatta condizione lavorativa non può pertanto essere inclusa nel novero di quegli eventi eccezionali, particolarmente gravosi ed eccedenti le normali condizioni di lavoro, avuto riguardo alle specificità di ciascun impiego, che, soli, possono essere considerati causa o concausa efficiente e determinante di una

patologia, per la quale si chieda il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio (3).

Il parere del Comitato di Verifica per le cause di servizio è espressione di discrezionalità tecnica, e, in quanto tale, è sindacabile, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, soltanto sotto il profilo della manifesta illogicità e irragionevolezza, potendo il giudice amministrativo spingersi al punto di valutare l'adeguatezza del criterio tecnico adottato e la correttezza del procedimento applicativo seguito, senza tuttavia poter mai sostituire il proprio apprezzamento tecnico a quello formulato dal Comitato, pena l'ingerenza nel merito amministrativo (4).

FATTO

1. Il ricorrente, appuntato scelto dei Carabinieri in servizio fino a – *Omissis* -, data in cui è stato posto in congedo assoluto, in quanto ritenuto "non idoneo a permanentemente al servizio militare", espone di essere stato utilizzato negli ultimi cinque anni presso –*Omissis* - con turni, comprendenti un'attività continuativa di controllo, prevedenti due cicli settimanali, nei quali era contemplata una prestazione lavorativa di 18 ore giornaliere su 24 (protraentesi 12 ore di notte).

Aggiunge di avere presentato – *Omissis* - domanda di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio, ai fini anche della concessione dell'equo indennizzo, della patologia "disturbo ansioso depressivo con tendenza alla somatizzazione dell'ansia, a carattere cronico, reattivo".

Allega di essere stato sottoposto a visita – *Omissis* - presso la Commissione Medica Ospedaliera del Dipartimento Militare di Medicina Legale del Ministero della Difesa, all'esito della quale è stato riconosciuto affetto da "disturbo ansioso somatoforme con elementi distonici e disforici".

Al contrario, il Comitato di Verifica per le cause di servizio ha espresso, nella seduta – *Omissis* – parere di non dipendenza dell'infermità denunciata da causa di servizio; tale parere è stato confermato, in sede di riesame, il successivo – *Omissis* -.

In conformità del parere del Comitato di Verifica è stato adottato il decreto – *Omissis* – del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, di rigetto della domanda di equo indennizzo.

2. - Deduce a fondamento del ricorso, esperito avverso detto provvedimento, la violazione del d.P.R. 29 ottobre 2001, n. 461, nonché l'eccesso di potere sotto plurimi profili sintomatici, e principalmente per vizio della motivazione con riguardo al disconoscimento della causa di servizio; il Comitato, in particolare, ad avviso di parte ricorrente, non ha tenuto conto delle modalità di svolgimento della prestazione di servizio, che doveva svolgersi per 18 ore nell'arco di 24 ore al giorno ed in 12 ore consecutive per due volte alla settimana, determinando dunque una condizione di –"strapazzo" di particolare intensità, tutto ciò in aperta violazione anche delle vigenti direttive comunitarie (nn. 104 del 23 novembre 1993 e 34 del 22 giugno 2000) in materia di tutela del lavoro.

Il Comitato di Verifica, nella seconda valutazione, sembra non avere esaminato le risultanze delle due visite specialistiche -OMISSIS-, che ha espresso una valutazione di inidoneità permanente al servizio.

3. Si è costituito il Ministero della Difesa, chiedendo il rigetto del gravame, stante l'infondatezza di tutte le censure *ex adverso* dedotte, in sintesi evidenziando:

- la natura vincolante del parere emesso dal Comitato di verifica;
- la non riconducibilità a causa di servizio dei disagi connessi alla effettuazione

di turni di lavoro diurni e notturni, quali fattori di rischio ordinario in relazione alla vita militare.

Con ordinanza – *Omissis* - il Collegio ha disposto verificazione ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm. nominando all'uopo il Direttore (od altro medico dallo stesso designato) del Dipartimento di Scienze Neurologiche e Psichiatriche del Policlinico Militare "Celio" di Roma.

Al verificatore è stato formulato il seguente quesito: "determini, esaminata la documentazione clinica prodotta dal ricorrente e la documentazione relativa al servizio svolto antecedentemente all'insorgere dell'infermità e sottoposto il ricorrente a visita medica con l'assistenza di un sanitario di sua fiducia, sulla base delle comuni conoscenze medico – scientifiche, se, e possibilmente in quale misura, il servizio svolto dal ricorrente e le condizioni ambientali in cui lo stesso è stato prestato, possano avere influito sotto il profilo causale o concausale efficiente e determinante sull'insorgere delle infermità "disturbo ansioso somatiforme con elementi distimici e disforici".

In data – *Omissis* - è stata depositata la relazione finale da parte del suddetto organismo verificatore, la quale ha del tutto escluso la sussistenza di un nesso causale e/o concausale tra la patologia denunciata ed il servizio d'Istituto prestato dal ricorrente.

La difesa del ricorrente con articolata memoria ha chiesto disporsi, ai sensi dell'art. 196 c.p.c., nuova verificazione da parte di struttura pubblica estranea alle parti del giudizio (nel rispetto dell'art. 19 cod. proc. amm.), dolendosi dell'incardinazione del Policlinico militare presso il Ministero dell'Interno resistente; contesta inoltre che la verificazione sarebbe stata svolta dal Direttore Generale del Policlinico in luogo del Direttore del Dipartimento di Scienze Neurologiche e Psichiatriche indicato nell'ordinanza – *Omissis* -. Ribadisce inoltre la mancata valutazione sia da parte del Comitato di Verifica che dello stesso verificatore delle specifiche condizioni di disagio derivanti dall'effettuazione di turni di lavoro notturni in violazione delle vigenti direttive comunitarie (nn. 104 del 23 novembre 1993 e 34 del 22 giugno 2000) a tutela del lavoratore, in grado di incidere sul nesso eziologico.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza – *Omissis* -, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

2. E' materia del contendere la legittimità dei pareri del Comitato di Verifica per le cause di servizio – *Omissis* - e del consequenziale decreto del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri – *Omissis* -, con cui è stato decretato nei confronti del ricorrente il mancato riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità "disturbo ansioso somatoforme con elementi distonici e disforici".

3. Preliminarmente, ritiene il Collegio di esaminare l'istanza avanzata della difesa del ricorrente di rinnovo della disposta verificazione, in pretesa applicazione dell'art. 196 c.p.c. per asserita non estraneità del Policlinico militare alle parti del giudizio.

3.1. L'istituto della verificazione, nella disciplina ora dettata dall'art. 66 cod. proc. amm., comporta l'intervento in funzione consultiva del giudice di un organismo qualificato, per la soluzioni di questioni che implichino l'apporto di competenze tecniche o il riscontro di circostanze in fatto, che si pongono come essenziali ai fini della definizione della controversia (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533).

La disciplina di cui all'art. 67 cod. proc. amm., in tema di consulenza tecnica

d'ufficio - connotata tra l'altro da un articolato contraddittorio tra consulente d'ufficio e consulenti di parte - non si applica all'istituto della verificazione, attesa la diversità dei due istituti, non solo sul piano soggettivo, ma anche sul piano oggettivo e funzionale, consistendo la verificazione in un mero accertamento a funzione descrittiva ed illustrativa per completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali, mentre la consulenza tecnica d'ufficio si estrinseca in una vera e propria valutazione non meramente ricognitiva di questioni di fatto, la cui risoluzione presuppone specifiche cognizioni di ordine tecnico, da utilizzare ai fini della decisione (*ex multis* Consiglio di Stato sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5552; T.A.R. Umbria 15 maggio 2014, n. 258).

Stante la descritta diversità tra i due strumenti, ritiene in primo luogo inammissibile la domanda del ricorrente di rinnovo della verificazione ai sensi dell'art. 196 c.p.c., non applicabile alla fattispecie.

L'art. 39 del vigente codice del processo amministrativo prevedendo il rinvio esterno alle disposizioni del codice di procedura civile "in quanto compatibili o espressione di principi generali" va interpretato nel senso che la disciplina di ogni istituto processuale deve essere ricercata, in primo luogo, all'interno del codice del processo amministrativo, essendo consentita la sua etero-integrazione con norme o principi promananti da altri codici solo ove manchi la disciplina interna (C.G.A.S. 27 luglio 2012, n. 721) e nei limiti della compatibilità (Consiglio di Stato sez. IV, 15 settembre 2014, n.4679).

La verificazione, pur a fronte di una disciplina invero non completamente esaustiva quale quella di cui all'art. 66 cod. proc. amm., non può pertanto essere integrata con le norme del codice di procedura civile dettate in materia di consulenza tecnica d'ufficio ed in particolare con l'art. 196 c.p.c.

Diversamente opinando si rischierebbe una indebita duplicazione degli incombenti istruttori, in violazione dello stesso principio della "ragionevole durata del processo" sancito dall'art. 6 della Convenzione EDU e dall'art. 111 della Costituzione.

3.2. Ciò premesso, tale istanza di rinnovo appare comunque del tutto infondata.

Il Dipartimento di Scienze Neurologiche e Psichiatriche del Policlinico Militare "Celio" di Roma, indicato quale organismo verificatore, per l'obiettiva competenza medica in materia, risponde appieno al requisito della "specifica competenza tecnica" richiesta dall'art. 19 cod. proc. amm. a prescindere dalla sua appartenenza organica al Ministero della Difesa, ed ha pieno titolo a fornire al giudice ogni risconto dal punto di vista medico legale circa la riconducibilità o meno a causa di servizio di una determinata patologia contratta da un Carabiniere in congedo assoluto – *Omissis* -, non diversamente da altre strutture pubbliche sanitarie. Infine, diversamente da quanto asserito dal ricorrente, la verificazione è stata effettuata da Commissione medica (incaricata dal Direttore del Policlinico) composta da due specialisti in psichiatria.

3.3. La domanda di rinnovo della verificazione ad altro organismo pubblico va dunque dichiarata inammissibile e comunque infondata.

4. Venendo al merito il ricorso è infondato e va respinto.

4.1. L'organismo verificatore, nell'escludere il nesso causale o concausale tra la patologia denunciata ed il servizio prestato dal ricorrente ha puntualmente esaminato la circostanza - posta a principale fondamento del gravame - consistente nella prestazione di turni di lavoro particolarmente disagiati senza garantire il riposo di almeno undici ore consecutive ogni 24 ore. Secondo il Policlinico Militare, da accurata analisi del dettagliato rapporto informativo redatto dal Comandante del

nucleo CC – *Omissis* -, si evince che la reale presenza e l'effettiva partecipazione alla turnazione al servizio del ricorrente risulta essere stata nel corso degli anni piuttosto limitata, nella media circa 6 turni notturni e 15 turni diurni mensili.

4.2. Secondo giurisprudenza consolidata da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, le infermità e le lesioni si considerano dipendenti da fatti di servizio solo quando questi ne sono stati causa ovvero concausa efficiente (allorché connotano la genesi della malattia) e determinante (allorché i fatti di servizio assurgono a ruolo di elementi preponderanti ed idonei ad influire sul determinismo del male, nel senso che in loro difetto questo non sarebbe insorto o non si sarebbe aggravato (così T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 23 agosto 2007, n. 1985, in termini T.A.R. Lazio - Roma sez I, 3 aprile 2008, n.2828) con esclusione di circostanze o condizioni del tutto generiche quali "disagi e fatiche inevitabili del servizio, clima freddo ed umido ed altre tipiche circostanze connesse al servizio prestato" (T.A.R. Marche sez I, 11 luglio 2006, n.534, T.A.R. Lazio - Roma sez I, 3 aprile 2008, n.2828).

Ancora, la giurisprudenza è del tutto quieta nell'affermare che il nesso eziologico tra una patologia e il sistema normativo che riconosce i benefici come vittima del dovere non può derivare da una normale attività di servizio prolungata nel tempo, ma deve necessariamente essere individuata o in un episodio eccezionale, in cui il soggetto viene a trovarsi a causa del proprio servizio, o in un servizio particolarmente disagiato, immediatamente percepibile come tale e con la presenza di disagi ambientali e lavorativi che fuoriescono dalle normali condizioni di lavoro (*ex multis* Consiglio di Stato sez. I, 27 agosto 2013, n. 1232; id. 11 maggio 2007, n. 2274; T.A.R. Sicilia - Catania 26 settembre 2013, n.2315; T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 23 giugno 2003 n. 5513; id., 3 aprile 2008 n. 2828; T.A.R. Toscana, 17 dicembre 2001, n. 1986).

Pertanto, ai fini del riconoscimento della causa di servizio, occorre che l'attività lavorativa possa con certezza ritenersi, quantomeno, concausa efficiente e determinante della patologia lamentata, non potendo farsi ricorso a presunzioni di sorta e non trovando applicazione, diversamente dalla materia degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, la regola contenuta nell'art. 41 c.p., per cui il rapporto causale tra evento e danno è governato dal principio dell'equivalenza delle condizioni (Cassazione civile, sez. lav., 26 giugno 2009, n. 15074).

4.3. Alla luce delle suesposte considerazioni, ritiene anzitutto il Collegio che le specifiche mansioni indicate dal ricorrente quali oggetto del proprio rapporto lavorativo abbiano costituito semplice fattore di rischio ordinario e generico, senza porsi in rapporto di causalità con la patologia contratta. In particolare la sottoposizione a turni di lavoro disagiati (18 ore nell'arco di 24 ore al giorno e in 12 ore consecutive) secondo gli apprezzamenti tecnici effettuati dall'organismo verificatore sulla base del rapporto informativo redatto dal Comandante del nucleo CC – *Omissis* -, avuto riguardo alla concreta frequenza mensile (6 turni notturni), non risulta di per se assurgere a fattore determinante ai fini del riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della specifica infermità contratta dal dipendente.

4.4. Sul punto mette conto evidenziare come, secondo pacifico orientamento giurisprudenziale da cui il Collegio non ha ragione per discostarsi, nella nozione di concausa efficiente e determinante di servizio possono farsi rientrare soltanto fatti ed eventi eccedenti le ordinarie condizioni di lavoro, gravosi per intensità e durata, che vanno necessariamente documentati, con esclusione, quindi, delle circostanze e condizioni del tutto generiche, quali inevitabili disagi (turni diurni e notturni), fatiche e momenti di stress, che costituiscono fattore di rischio ordinario in relazione alla singola tipologia di prestazione lavorativa (T.A.R. Puglia Lecce sez. II, 9

luglio 2012, n.1178; Consiglio di Stato, 11 maggio 2007, n. 2274; T.A.R. Lazio, sez. I, 23 giugno 2003 n. 5513 e 3 aprile 2008, n. 2828; T.A.R. Toscana, 17 dicembre 2001, n. 1986; Corte dei Conti Sardegna, sez. giurisdizionale, 9 febbraio 1995, n. 63; T.A.R. Umbria 23 ottobre 2014, n. 515).

Ciò vale anche e soprattutto per il servizio militare, laddove i disagi, le fatiche e i momenti di stress, costituiscono invero fattore di rischio ordinario (T.A.R. Lazio - Roma sez. I, 13 gennaio 2010, n. 192; T.A.R. Sicilia - Catania sez. III, 9 agosto 2011, n. 2065).

4.5. Va infine evidenziato come la stessa direttiva 2003/88/UE contempli deroghe in materia di orario di lavoro per le attività di "guardia, sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di assicurare la protezione dei beni e delle persone, in particolare, quando si tratta di guardiani o portinai o di imprese di sorveglianza" attività quantomeno affine a quella svolta dal – *Omissis* -.

La violazione da parte del datore di lavoro dei periodi minimi di riposo giornaliero (undici ore consecutive su 24 ore) garantiti dalle direttive comunitarie 2003/88 e 93/104, se può senz'altro comportare la responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. (*ex multis* Cassazione sez. lav., 19 luglio 2014, n. 213) e/o l'applicazione di sanzioni amministrative (vedi art. 1 del D.lgs. 8 aprile 2003 n. 66) non assurge automaticamente, come pretenderebbe il ricorrente, a causa o concausa della instabilità psichica lamentata.

Nel caso di specie, la turnazione dell'orario di lavoro seguita, per le relative caratteristiche, è stata ritenuta oltre che dal Comitato di verifica dallo stesso organismo valutatore non idonea a costituire fattore determinante, con valutazione discrezionale tecnica non manifestamente illogica o irragionevole, comunque non sindacabile in sede di giurisdizione generale di legittimità.

4.6. Non possono pertanto essere condivise le doglianze di eccesso di potere sotto il profilo della insufficiente motivazione ed irragionevolezza.

Quanto al primo profilo, perché l'impugnato decreto risulta motivato *per relationem* mediante il negativo parere del suddetto Comitato, ampiamente illustrativo delle ragioni che inducono a ritenere non accoglibile l'istanza, si da rendere senz'altro percepibile l'iter logico seguito, soddisfando il precetto di cui all'art. 3 della legge 241/1990. Sul punto, deve poi evidenziarsi che l'Autorità decidente, in presenza di pareri medico legali di segno opposto sulla dipendenza da causa di servizio dell'infermità contratta o della lesione sofferta dal pubblico dipendente, civile o militare che sia, non ha alcun obbligo di indicare le ragioni dell'opzione per quello reso dal Comitato di verifica, atteso che il D.p.r. 29 ottobre 2001 n. 461 non solo attribuisce a detto organo competenza esclusiva nella materia *de qua*, ma impone all'organo di amministrazione attiva di conformarsi al parere (di natura obbligatoria e tendenzialmente vincolante) da esso reso e di assumerlo come motivazione dell'adottando provvedimento, sia esso di accoglimento che di rigetto (*ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 10 luglio 2007, n.3911; id. sez. II, 12 agosto 2013, n.812; T.A.R. Sicilia Palermo sez. I, 19 dicembre 2013, n.2516; T.A.R. Umbria 26 giugno 2014, n. 360).

Quanto alla denunziata illogicità manifesta il Comitato di Verifica ha puntualmente indicato la non riconducibilità, sotto il profilo eziologico, al servizio prestato delle patologie già diagnosticate, con valutazione tecnica basata su nozioni della scienza medica non manifestamente illogica né irrazionale, oltre che corretta quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo (*ex multis* Consiglio di Stato sez VI, 4 settembre 2007, n.4635) non ravvisandosi vizi apprezzabili in sede di giurisdizione generale di legittimità, non potendo il g.a. mai sostituirsi alle va-

lutazioni compiute dall'Amministrazione (*ex multis* Consiglio di Stato, sez VI, 18 dicembre 2009, n.8399) pena l'ingerenza nel merito.

5. Alla luce delle suesposte considerazioni tutte le dedotte doglianze di violazione di legge ed eccesso di potere risultano prive di pregio.

6. Per i suesposti motivi il ricorso va dunque respinto.

Sussistono giusti motivi ai sensi degli artt. 26 cod. proc. amm. e 92 c.p.c. per disporre la compensazione delle spese di lite, attesa la particolarità della materia trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

***

(1-2) Il problema dell'imparzialità dell'organismo verificatore alla luce della giurisprudenza CEDU.

SOMMARIO: 1. *Introduzione alla problematica.* – 2. *I fatti all'origine della controversia.* – 3. *L'istituto della verificazione: inquadramento giuridico.* – 3.1. *Verificazione e C.T.U. a confronto.* – 4. *L'imparzialità del verificatore: i termini del problema nella sentenza n. 178/2015 e nella giurisprudenza amministrativa nazionale* - 5. *Il problema dell'imparzialità nella giurisprudenza CEDU.* – 6. *Conclusioni.*

1.Nella sentenza in rassegna, il TAR Umbria si trova ad affrontare un'interessante tematica attinente alla fase istruttoria del processo amministrativo.

La questione posta all'esame dei giudici umbri riguarda infatti la natura e la funzione della verificazione, istituto peculiare del processo amministrativo, che, insieme alla consulenza tecnica d'ufficio, rappresenta il principale strumento a disposizione del giudice per pervenire alla piena conoscenza e comprensione dei fatti all'origine della controversia.

La decisione del TAR Umbria offre dunque l'occasione per riflettere su questo istituto, da tempo criticato in dottrina, a dispetto della frequenza con cui i giudici amministrativi continuano a farvi ricorso, anche successivamente all'introduzione della c.t.u. nel processo amministrativo.

Il giudizio negativo della dottrina nei confronti della verificazione si fonda essenzialmente su due ordini di motivi: da un lato tale istituto costituirebbe un'inutile duplicazione della consulenza tecnica d'ufficio, in quanto ricoprirebbe il medesimo ruolo svolto da quest'ultima all'interno del processo amministrativo. Dall'altro, a parità di funzione, la c.t.u. sarebbe da preferire alla verificazione, poichè più rispettosa delle garanzie del giusto processo: al contrario, le caratteristiche strutturali della verificazione potrebbero far sorgere dubbi sull'effettiva sussistenza della condizione di imparzialità e terzietà che deve contraddistinguere il soggetto che intervenga nel processo in qualità di ausiliario del giudice.

Proprio il problema dell'imparzialità del soggetto incaricato di eseguire la verificazione è al centro della pronuncia del TAR Umbria: in proposito, i giudici umbri forniscono una soluzione che non appare soddisfacente, soprattutto se raffrontata

all'orientamento espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), che di recente ha avuto modo di occuparsi di un caso analogo.

Tanto premesso, nella presente nota sarà analizzata la sentenza del TAR Umbria, con particolare riguardo alla questione dell'imparzialità del verificatore: saranno evidenziati i punti che appaiono più problematici, specialmente alla luce della giurisprudenza CEDU, allo scopo di tentare di stabilire se, e a che condizioni, l'istituto della verificazione, così come attualmente disciplinato e interpretato, possa considerarsi compatibile con i canoni del giusto processo, per come definiti dall'elaborazione giurisprudenziale nazionale ed europea, e se, di conseguenza, le critiche della dottrina debbano ritenersi giustificate.

A tal fine, appare opportuno prendere le mosse dalla rievocazione della vicenda sottoposta al vaglio dei giudici amministrativi umbri, per poi focalizzare l'attenzione sulle problematiche afferenti all'istituto della verificazione.

2.Il ricorrente, carabiniere congedato dal servizio militare per aver sviluppato una patologia di natura ansioso – depressiva, aveva avanzato al Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri istanza per il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della malattia accusata, asserendo di essere stato sottoposto per un lungo periodo a turni lavorativi particolarmente impegnativi, che, a suo dire, erano stati causa della sua indisposizione.

In conseguenza del diniego di tale riconoscimento, derivante dal parere negativo espresso dal Comitato di Verifica per le cause di servizio, il ricorrente adiva il TAR Umbria, chiedendo l'annullamento del detto parere e del consequenziale provvedimento di rigetto dell'istanza, adottato dal Comando Generale. Il giudizio veniva promosso avverso il Ministero della Difesa, a cui l'Arma dei Carabinieri fa capo.

Poiché la risoluzione della controversia presupponeva il chiarimento di una questione di fatto implicante conoscenze di natura medico – scientifica, il TAR ordinava l'esecuzione di una verificazione, finalizzata a stabilire se il servizio prestato potesse avere influito, quale fattore causale o concausale, sull'insorgenza della patologia manifestata dal ricorrente. Della verificazione veniva incaricato il Direttore del Dipartimento di Scienze Neurologiche e Psichiatriche del Policlinico Militare "Celio" di Roma.

Atteso che anche il verificatore, alla pari del Comitato di Verifica, riteneva di dover escludere l'esistenza di un nesso causale tra il servizio prestato e la malattia accusata, il ricorrente chiedeva al TAR di disporre una nuova verificazione, ad opera di un diverso organismo, sul presupposto che il Policlinico Militare non poteva considerarsi estraneo all'Amministrazione parte in causa, poiché inserito nella struttura organizzativa del Ministero della Difesa.

Con la pronuncia in commento, il TAR in via preliminare dichiarava inammissibile l'istanza di rinnovo della verificazione, per motivi che saranno esaminati più avanti; nel merito, rigettava il ricorso sulla base delle risultanze della verificazione, affermando la non idoneità delle condizioni di servizio allegate dal ricorrente a costituire causa o concausa efficiente e determinante della patologia accusata.

3.Terminata la rassegna dei fatti di causa, è ora opportuno procedere con l'analisi dell'istituto della verificazione, il quale, come si può agevolmente notare, ricopre un ruolo chiave nella decisione dei giudici umbri.

La verificazione è un istituto tipico del processo amministrativo, di origine as-

sai risalente nel tempo[1] e privo di un esatto equivalente nel giudizio civile. In dottrina tale istituto è tradizionalmente qualificato come mezzo di prova[2] a contenuto indeterminato, dal momento che la legge non precisa in che cosa debba consistere lo svolgimento di una verificazione: generalmente si ammette perciò che mediante tale strumento possano essere compiute operazioni di vario tipo, tra cui l'esecuzione di accertamenti tecnici, l'assunzione di testimonianze, l'effettuazione di sopralluoghi e ispezioni e la ricerca e l'acquisizione di documenti. In sostanza, la struttura della verificazione è sufficientemente elastica da consentire al giudice di adeguarne il contenuto alle esigenze probatorie che, volta per volta, vengano in rilievo, con la conseguenza che tale istituto è potenzialmente in grado di adempiere alle funzioni di molti degli strumenti probatori propri del processo civile[3].

Attualmente la verificazione è disciplinata da alcuni articoli del codice del processo amministrativo. Nello specifico, l'art. 63, comma 4 conferisce al giudice il potere di disporre con ordinanza l'esecuzione di una verificazione, qualora ritenga necessario accertare fatti o acquisire valutazioni, implicanti il possesso di conoscenze tecnico - specialistiche, di cui egli non sia autonomamente fornito.

La verificazione consiste, dunque, in un'attività di accertamento o di valutazione, il cui contenuto concreto è definito volta per volta dal giudice a seconda delle esigenze probatorie, e la cui finalità è procurare al giudice gli elementi conoscitivi

---

[1] La facoltà del giudice di richiedere all'Amministrazione l'esecuzione di "*nuove verificazioni"* era prevista già nel "*Regolamento per la Procedura dinanzi alle Sezioni Giurisdizionali del Consiglio di Stato*" (art. 26, r. d. n.642/1907) in una disposizione dapprima trasfusa nel "*Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato*" (art. 44, r. d. n.1054/1924), e infine ripresa, con le modifiche che saranno a breve illustrate, dall'attuale codice del processo amministrativo (art. 63, comma 4, d. lgs. n.104/2010).

[2] Attualmente è la stessa rubrica dell'art. 63 c.p.a. a ricomprendere la verificazione tra i mezzi di prova. In ogni caso, tale natura è da sempre pacificamente riconosciuta in dottrina: sul punto, si vedano PERFETTI, "*Commento all'art. 66*", in "*Codice della giustizia amministrativa*", a cura di MORBIDELLI, Milano, 2015, 702, e GALLO, "*La prova nel processo amministrativo*", Milano, 1994, 147. In giurisprudenza si precisa tuttavia che la verificazione, al pari della consulenza tecnica d'ufficio, può essere considerata mezzo di prova soltanto in senso lato, dovendosi più correttamente qualificare come mezzo di valutazione della prova, cioè come strumento di integrazione delle conoscenze del giudice, utilizzabile per valutare elementi probatori già acquisiti e per risolvere questioni implicanti specifiche conoscenze tecniche (Cons. Giust. Amm. Sicilia, n. 1109/2012; Cons. Giust. Amm. Sicilia, sent. n. 89/2011; Cons. St., sez. V, n. 4475/2005).

[3] Sul punto si rimanda a GALLO, op. cit., 148, e a MIGLIORINI, "*L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*", Padova, 1977, 137. L'idoneità della verificazione a ricoprire il ruolo che nel processo civile è svolto da un insieme di altri strumenti probatori, spiega perché nella procedura dinanzi ai giudici ordinari non esista un istituto analogo: in effetti, nel processo amministrativo la verificazione era in origine preordinata proprio a sopperire all'assenza di alcuni mezzi istruttori, come la testimonianza e la perizia d'ufficio, che si era preferito non mutuare dal giudizio ordinario, in ossequio alla concezione per la quale "*la ricerca della verità, nell'ambito del processo amministrativo, doveva avvenire attraverso la stessa Amministrazione"* (MIGLIORINI, op. cit., 137). Queste stesse considerazioni sono alla base delle critiche che la dottrina muove attualmente all'istituto della verificazione: è stato, difatti, sostenuto che, in seguito all'introduzione nel processo amministrativo della testimonianza e della c.t.u., per effetto della legge n. 205/2000, la verificazione avrebbe perso la funzione di supplenza che in precedenza la contraddistingueva. In conseguenza di ciò, la conferma di tale istituto, ad opera del c.p.a., sarebbe priva di giustificazione, posto che i nuovi mezzi istruttori garantirebbero la medesima efficacia della verificazione, in termini di capacità di apportare al processo elementi conoscitivi utili per la decisione finale, risultando al contempo più rispettosi dei canoni del giusto processo, con riferimento ai profili dell'imparzialità e del contraddittorio. Al contrario, la verificazione non sarebbe idonea a tutelare in modo adeguato le predette garanzie, rispecchiando una visione ormai superata del processo amministrativo e dei rapporti tra giudice, Amministrazione e privati (per osservazioni di questo tenore si vedano PERFETTI, op. cit., 703; DI MODUGNO, "*La prova*", in "*Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*", a cura di SASSANI e VILLATA, Torino, 2012, 619-620).

necessari per risolvere le controversie in cui occorra chiarire questioni di fatto di natura tecnica.

In forza dell'art. 66, nell'ordinanza con cui è disposta la verificazione, il giudice deve indicare l'organismo incaricato, deve formulare i quesiti da sottoporre a quest'ultimo, e deve fissare il termine entro il quale la verificazione dovrà essere conclusa, mediante il deposito della relazione finale.

L'organismo chiamato a compiere la verificazione (cd. organismo verificatore) è qualificato dal c.p.a. come *ausiliario del giudice*[4]. Lo stesso codice provvede poi, all'art. 19, comma 2, a precisare le caratteristiche che tale organismo deve possedere: innanzitutto, deve trattarsi di un *organismo pubblico*, cioè di una struttura inserita nell'organizzazione di una specifica Amministrazione, così da potersi dire appartenente in senso soggettivo alla Pubblica Amministrazione[5]. Da tale rilievo consegue che l'organismo verificatore non è mai una persona fisica, coincidendo, al contrario, con la "*struttura amministrativa nel suo complesso, con i suoi mezzi e il suo personale*"[6]: è a detta struttura che viene impersonalmente commissionato l'incombente istruttorio[7].

Il verificatore deve inoltre essere dotato di ampie competenze tecnico - specialistiche nella materia oggetto della verificazione, così da poter assolvere alla propria funzione di integrazione del patrimonio conoscitivo del giudice.

Il verificatore deve, infine, essere estraneo alle parti del processo. Le implicazioni derivanti da quest'ultimo requisito saranno in seguito oggetto di approfondita analisi, perciò, per ora, è sufficiente anticipare che il verificatore, in quanto ausiliario del giudice, deve risultare terzo rispetto a tutte le parti in causa[8]: questa condizione, secondo la dottrina e la giurisprudenza, si realizza soltanto qualora l'organismo incaricato della verificazione sia riconducibile ad un'Amministrazione distinta da quella che è direttamente coinvolta nel processo.

La disciplina del verificatore è completata dall'art. 20 c.p.a., che obbliga l'organismo prescelto ad eseguire la verificazione richiesta, salvo che il giudice lo esoneri per la sussistenza di un giustificato motivo[9].

---

[4] Il riferimento è alla rubrica del Capo VI, Titolo I, del d. lgs. n. 104/2010.

[5] Per tale rilievo, si veda, a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. IV, n. 881/2007: "*Il limite intrinseco alla verificazione attiene […] alla qualifica dell'Ente verificatore come Pubblica Amministrazione in senso soggettivo"*.

[6] Scoca, *Sub art. 19*, in "*Il processo amministrativo*", a cura di Quaranta e Lopilato, Milano, 2011, 223. Fermo restando che l'esecuzione della verificazione è ordinata alla struttura amministrativa nel suo complesso, l'art. 66, comma 1 precisa che il *capo* di quest'ultima è "*responsabile del compimento di tutte le operazioni*", salvo che abbia delegato l'incarico a un suo sottoposto, previa autorizzazione del giudice. La circostanza che la verificazione debba essere effettuata da un organismo dell'Amministrazione, è uno (e, ad avviso di chi scrive, il principale) dei tratti che distinguono l'istituto in questione da quello, per molti versi analogo, della c.t.u.: difatti, a differenza del verificatore, il consulente d'ufficio è sempre una persona fisica privata. In particolare, anche qualora il soggetto chiamato a svolgere il ruolo di consulente sia un dipendente pubblico, costui adempie al suo incarico sempre a titolo personale, laddove invece chi si occupa in concreto delle operazioni di verificazione, agisce sempre in qualità di addetto della struttura amministrativa incaricata, dal momento che l'incombente istruttorio è affidato impersonalmente a quest'ultima (in proposito, Di Modugno, op. cit., 626).

[7] In proposito: in giurisprudenza, Cons. St, sez. IV, sent. n. 6447/2005; in dottrina, De Nictolis, "*Codice del processo Amministrativo commentato*", Milano, 2008, 635.

[8] In dottrina (Perfetti, op. cit., 703) e in giurisprudenza (Cons. Giust. Amm. Sicilia, n. 89/2011; Cons. St., sez. IV, n. 881/2007) si osserva che l'organismo verificatore è obbligato ad operare in modo imparziale sia in quanto ausiliario del giudice, sia in quanto ente pubblico, come tale tenuto all'imparzialità *ex* art. 97 Cost.

[9] Secondo la giurisprudenza, l'organismo verificatore è tenuto ad adempiere all'incombente istruttorio,

3.1 Tanto è ricavabile dalla disciplina positiva: ulteriori osservazioni sulla verificazione possono rinvenirsi nella dottrina e nella giurisprudenza, che nel corso del tempo si sono occupate di questo istituto, soprattutto ponendolo a confronto con l'istituto "parallelo" della consulenza tecnica d'ufficio.

In particolare, la giurisprudenza sostiene che i due istituti differiscano tra loro non solo sul piano soggettivo, con riferimento alla natura pubblica o privata del soggetto interpellato dal giudice, ma anche sul piano oggettivo e funzionale: in quest'ottica, il contenuto specifico della verificazione consisterebbe nello svolgimento di un'attività di accertamento, finalizzata ad ampliare la conoscenza del giudice in ordine a fatti non desumibili dalle risultanze documentali, ma necessari ai fini della risoluzione della controversia. Tale accertamento, da espletarsi sulla base di nozioni tecnico – scientifiche, si caratterizzerebbe per la natura di mera ricognizione fattuale, e per la conseguente esclusione della facoltà del verificatore di esprimere una valutazione sui fatti accertati.

Al contrario, il tratto distintivo della c.t.u. sarebbe proprio il giudizio tecnico, che il consulente è chiamato a formulare, sulla base di circostanze di fatto già emergenti dalla documentazione processuale, ma comprensibili soltanto alla luce di conoscenze tecniche, non possedute dal giudice in via autonoma: di conseguenza la c.t.u. sarebbe volta non a completare la cognizione del giudice intorno ai fatti rilevanti, ma a fornire a quest'ultimo una chiave di lettura del quadro fattuale acquisito in precedenza, così da consentirgli di decidere in modo pienamente consapevole[10].

Siffatto orientamento, seppure sostanzialmente incontrastato in giurisprudenza, è tuttavia criticato dalla più recente dottrina, secondo la quale l'unica differenza attualmente ravvisabile tra verificazione e c.t.u. è quella fondata sull'elemento soggettivo, in quanto l'art. 63, comma 4 c.p.a. pone come presupposto comune per l'impiego di entrambi gli strumenti la necessità di accertare fatti o acquisire valutazioni tecniche, senza operare distinzioni in relazione all'ambito oggettivo dei due istituti[11].

---

non soltanto in forza della summenzionata disposizione, ma anche in virtù della propria appartenenza alla Pubblica Amministrazione. Si ritiene, difatti, che l'esecuzione di verificazioni su richiesta del giudice amministrativo costituisca un dovere derivante dal rapporto di servizio che lega i pubblici dipendenti all'Amministrazione (sul punto, Cons. St., sez. IV, n. 881/2007; Cons. St., sez. IV, n. 6447/2005; Cons. St., sez. V, n. 396/1984; in dottrina, osservazioni analoghe si rinvengono in De Nictolis, op. cit., 635). Peraltro, tale rilievo rappresenta il motivo per cui, a differenza del consulente tecnico d'ufficio, l'addetto dell'organismo, che in concreto effettua la verificazione, non presta il giuramento *ex* art. 193 c.p.c.: infatti, già in quanto pubblico dipendente, il soggetto in questione deve assolvere il compito assegnatogli in maniera corretta e imparziale, in un'ottica di accertamento della verità.

[10] La delineata distinzione tra verificazione e c.t.u. è concordemente accolta in giurisprudenza: *ex multis*, si vedano TAR Lazio – Roma, sez. II, sent. n. 469/2015; Cons. St., sez. VI, n. 682/2014; Cons. St., sez. IV, n. 2923/2012.

[11] L'osservazione è di Di Modugno, op. cit., 621-622 (si veda anche Adorno, "*La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*", in "*Dir. Proc. Amm.*", 2014, 486 ss.) Considerazioni di analogo tenore si rinvengono anche in isolate pronunce giurisprudenziali: in Cons. Giust. Amm. Sicilia, n. 89/2011, si riconosce che, per effetto delle intervenute modifiche normative e della prassi applicativa, la disciplina della verificazione e quella della c.t.u. si sono progressivamente riavvicinate, residuando il solo profilo soggettivo, quale elemento distintivo di maggior rilievo. In contrasto con la posizione dottrinale attualmente prevalente, la dottrina antecedente al c.p.a. tendeva a concordare con la giurisprudenza nel tracciare la linea di demarcazione tra verificazione e c.t.u., con riferimento all'ambito oggettivo dei due istituti (in proposito, si veda Gallo, op. cit., 148-149). Tale concezione, nello specifico, si fondava sull'assunto che, attraverso la verificazione, potessero essere accertati soltanto i fatti semplici, quelli cioè

Ad avviso di chi scrive, la tesi della dottrina merita di essere accolta, sia perchè la concezione della giurisprudenza è smentita dal dato normativo[12], sia in considerazione del fatto che, al di là delle affermazioni di principio, gli stessi giudici amministrativi non sembrano applicare con rigore la distinzione da loro medesimi elaborata, al momento di operare in concreto la scelta tra lo strumento della verificazione e quello della c.t.u.[13].

All'opposto, in giurisprudenza si registra un'evidente preferenza per la verificazione, spesso impiegata anche in casi nei quali la pedissequa applicazione del criterio sopra richiamato dovrebbe comportare il ricorso alla c.t.u.[14].

Questa predilezione, peraltro, è attualmente assecondata dal legislatore, che, agli artt. 19, comma 1, e 63, comma 4 c.p.a., ha statuito che il giudice possa disporre una consulenza tecnica d'ufficio, in luogo di una verificazione, soltanto qualora ciò appaia indispensabile per il chiarimento della questione di fatto controversa[15].

---

verificabili sulla base di scienze esatte e, dunque, non comportanti valutazioni soggettive; parallelamente, si riteneva riservato alla c.t.u. l'esame dei fatti complessi, quelli cioè analizzabili alla stregua di conoscenze scientifiche non connotate dall'esattezza e, quindi, implicanti valutazioni di carattere opinabile. Siffatta impostazione deve, tuttavia, reputarsi ormai superata, non soltanto in ragione del sopravvenuto dato normativo (art. 63, comma 4 c.p.a.), ma anche in considerazione del fatto che risulta estranea alla stessa prassi giurisprudenziale la stretta corrispondenza, tratteggiata dalla ricordata dottrina, tra accertamento (basato sull'impiego di scienze esatte) e verificazione da un lato, e tra valutazione (fondata sull'utilizzo di scienze non esatte) e c.t.u. dall'altro (in argomento, si rimanda a *infra*, nota 14).

[12] Appare opportuno riportare il contenuto testuale dell'art. 63, comma 4 c.p.a.: "*Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verificazione ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica"*.

[13] In giurisprudenza, difatti, da una parte si ammette la possibilità che il consulente d'ufficio possa essere incaricato dell'accertamento di fatti non previamente acquisiti al processo (cd. *consulente percipiente*), seppure limitatamente al caso in cui tali fatti risultino verificabili soltanto attraverso l'impiego di specifiche competenze tecniche (TAR Lombardia – Brescia, n. 687/2009). Dall'altra, si ricorre spesso alla verificazione in presenza di circostanze fattuali, il cui chiarimento presuppone non solo meri accertamenti, ma anche vere e proprie valutazioni, da effettuarsi alla luce di conoscenze scientifiche non connotate dall'esattezza: ad esempio, la verificazione è di frequente utilizzata a fronte di questioni di fatto risolvibili attraverso il ricorso alle nozioni della medicina, scienza che notoriamente può condurre a risultati opinabili e che, pertanto, implica senza dubbio anche momenti di valutazione. Si segnala, a tale proposito, che la verificazione è impiegata proprio per risolvere un quesito in materia medico – sanitaria nella stessa sentenza in commento, la quale, peraltro, non manca di richiamare e fare propria la tradizionale distinzione tra mero accertamento e valutazione tecnica.

[14] In proposito, si è già avuto modo di menzionare il caso in cui al verificatore si richieda di rispondere ai quesiti formulati dal giudice, facendo ricorso alle nozioni della scienza medica: ciò accade, in particolar modo, allorchè sia contestato il giudizio dell'Amministrazione, relativo alla dipendenza da causa di servizio di una determinata infermità (TAR Umbria, n. 197/2015, successiva alla stessa sentenza in commento), nonchè laddove sia contestata la valutazione di non idoneità psicofisica, con cui l'Amministrazione giustifica l'esclusione di un candidato da una procedura concorsuale (TAR Roma, sez. II, n. 5109/2015, TAR Roma, sez. I *bis*, n. 6316/2014).

[15] In dottrina si precisa che è prerogativa del giudice accertare in concreto la sussistenza del requisito dell'indispensabilità, ai fini dell'impiego della c.t.u., al posto della verificazione: a tale scopo, il giudice deve formulare un giudizio prognostico, avente per oggetto il probabile esito della verificazione. In tutti i casi in cui tale giudizio risulti negativo, cioè laddove la verificazione non appaia al giudice idonea a chiarire in modo adeguato la questione di fatto controversa, sia in ragione della complessità dei fatti da esaminare, sia a causa dell'assenza di un organismo pubblico sufficientemente competente sotto il profilo tecnico, il ricorso alla c.t.u. deve reputarsi indispensabile, e, di conseguenza, il giudice deve ritenersi dotato della facoltà di ordinarne l'esecuzione (l'osservazione è di Chizzini e Bertonazzi, "*L'istruttoria*", in "*Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*", a cura di Sassani e Villata, Torino, 2012, 723-724). Per una concreta applicazione del requisito dell'indispens-

Va tuttavia osservato che la portata precettiva di tali disposizioni è stata ampiamente depotenziata dalla dottrina, secondo la quale il presupposto dell'indispensabilità è agevolmente superabile, poichè rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudice: difatti, posto che spetta allo stesso giudice amministrativo stabilire, volta per volta, se il ricorso alla c.t.u. sia indispensabile, nulla appare in grado di impedirgli di avvalersi del predetto strumento, ogniqualvolta lo ritenga necessario ai fini della risoluzione della controversia[16].

Non sussistendo, dunque, effettivi ostacoli giuridici all'impiego della c.t.u. alle stesse condizioni della verificazione, la ragione del particolare *favor* della giurisprudenza nei confronti di tale istituto deve piuttosto ricercarsi nell'impostazione culturale dei giudici amministrativi: questi ultimi, difatti, sono abituati a relazionarsi prevalentemente con soggetti pubblici, in forza di una risalente tradizione processuale, secondo la quale il giudice amministrativo non può pervenire alla piena cognizione dei fatti di causa prescindendo dalla ricostruzione dell'Amministrazione, percepita come la fonte di informazioni più autorevole e attendibile. La preferenza per la verificazione trova, dunque, spiegazione nell'atteggiamento della giurisprudenza, volto a preservare la specialità del processo amministrativo, a fronte della progressiva introduzione di istituti di origine civilistica, come la c.t.u.: di tale specialità, in effetti, la verificazione rappresenta un'espressione peculiare, in quanto direttamente connessa alla citata tradizione processuale, che si contraddistingue per la particolare attenzione da sempre prestata dai giudici amministrativi al punto di vista dell'Amministrazione[17].

---

abilità, si rimanda a Cons. Giust. Amm. Sicilia, n. 89/2011, nel punto in cui si afferma che il giudice può disporre una c.t.u. qualora, "*nell'ampio panorama delle Amministrazioni pubbliche, non sussistano soggetti dotati delle necessarie competenze, o quando di essi il giudice, per qualche ragione, non possa avvalersi*".

[16] In dottrina si afferma che il requisito dell'indispensabilità appare quantomeno superfluo e, in ogni caso, inidoneo a impedire al giudice di avvalersi dell'istituto più confacente alle esigenze istruttorie del caso concreto (per tale rilievo, si vedano Adorno, op. cit., 486 ss., e Lucattini, "*Fatti e processo amministrativo*", in "*Diritto processuale amministrativo*", 2015, 203 ss.).

[17] Di Modugno, op. cit., pag. 625, spiega la preferenza del legislatore per la verificazione mediante il richiamo all'attaccamento della giurisprudenza amministrativa alla propria tradizione processuale. A sua volta, la tradizionale predilezione della giurisprudenza per la verificazione (e la parallela ritrosia, manifestata nei confronti della c.t.u.) è ricondotta all'atteggiamento culturale, tipico del giudice amministrativo, di tutela della specialità del proprio giudizio, da Lucattini, op. cit., 203 ss., e da Caringella, "*Corso di diritto processuale amministrativo*", Milano, 2005, 717. Ad ogni modo, non pare più possibile ricondurre tale preferenza a considerazioni di ordine finanziario, tra le quali l'assunto che la verificazione comporterebbe sempre costi inferiori per le parti rispetto alla c.t.u. (in questo senso, Cons. Giust. Amm. Sicilia, n. 89/2011). Questa tesi poteva, difatti, essere sostenuta fintanto che le verificazioni erano affidate alla stessa Amministrazione che aveva adottato l'atto impugnato, posto che, in quei casi, non era previsto un compenso per l'opera del verificatore (Cons. St., sez. V, n. 396/1984), ritenendosi tale attività ricompresa tra gli obblighi di servizio dell'Amministrazione medesima. La gratuità, progressivamente venuta meno con l'affermazione della prassi di far eseguire le verificazioni da parte di Amministrazioni terze, è tuttavia definitivamente scomparsa con l'introduzione del c.p.a., che all'art. 66, commi 3 e 4, statuisce in ordine all'emolumento spettante al verificatore: di conseguenza, allo stato attuale, non può più sostenersi che la verificazione sia in ogni caso meno onerosa della c.t.u., e che, pertanto, risulti preferibile per ragioni di contenimento dei costi della giustizia (sul punto, si veda Di Modugno, op. cit., 624-625).

4. Alla luce di quanto sinora osservato sull'istituto della verificazione, è ora possibile affrontare il problema al centro della sentenza in commento, cioè a dire la questione dell'imparzialità del verificatore.

Come si è visto, attualmente è in primo luogo il legislatore ad avvertire l'esigenza che l'attività istruttoria disposta dal giudice venga espletata da un soggetto terzo rispetto alle parti del giudizio, di modo che il contributo conoscitivo ricavabile da quest'attività risulti non solo tecnicamente valido, ma anche oggettivo ed imparziale: a tal fine, l'art. 19, comma 2 c.p.a. prescrive che la verificazione sia effettuata da un organismo pubblico estraneo alle parti.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza, da sempre concordi sul punto, il requisito dell'estraneità alle parti è rispettato soltanto qualora l'incombente istruttorio venga svolto da un soggetto pubblico riconducibile ad un'Amministrazione diversa da quella presente in giudizio[18]: in altri termini, è necessario che il verificatore non sia inserito nell'organizzazione dell'Amministrazione parte in causa, dovendo al contrario essere un organo di un'Amministrazione ulteriore e diversa.

L'appartenenza organica del verificatore ad un'Amministrazione distinta da quella coinvolta nel processo è, infatti, finalizzata a garantire alla parte privata la neutralità dell'operato del verificatore medesimo: si tratta della garanzia minima ed indefettibile da accordare al privato, in considerazione del fatto che la verificazione si contraddistingue per essere sempre effettuata da un soggetto pubblico[19]. A causa della sua natura pubblica, difatti, il verificatore non può mai dirsi perfettamente equidistante dalle parti: tuttavia, ciò non implica che esso non possa svolgere il proprio compito in modo imparziale, dal momento che, sia in quanto

[18] Il requisito dell'estraneità alle parti è attualmente previsto esplicitamente dall'art. 19, comma 2, c.p.a. Tuttavia, anche in vigenza del precedente art. 44 T.U. Leggi Consiglio di Stato (che, in verità, contemplava la facoltà del giudice di ordinare verificazioni solamente *all'Amministrazione interessata,* cioè, a rigore, quella che assume la qualità di parte processuale), la giurisprudenza, riconoscendo la problematicità dell'istituto della verificazione sotto il profilo dell'imparzialità dell'organismo verificatore, tendeva ad ammettere la facoltà del giudice di affidare l'esecuzione di verificazioni anche ad Amministrazioni diverse da quelle direttamente coinvolte nel processo, purchè in possesso delle opportune cognizioni tecniche: veniva, difatti, considerato sufficiente, ai fini del rispetto del citato art. 44, che l'organismo verificatore fosse qualificabile come Pubblica Amministrazione in senso soggettivo (in proposito, si vedano Cons. St., sez. IV, n. 881/2007; Cons. St., sez. VI, ent. n. 2001/2006; TAR Lazio-Roma, sez. I, n. 2775/1998). Peraltro, alla medesima conclusione era giunta anche la dottrina, attraverso l'interpretazione del concetto di *Amministrazione interessata,* nel quale venivano ricomprese inizialmente le Amministrazioni dotate di poteri di vigilanza e controllo su quelle presenti in giudizio (Migliorini, op. cit., 138-139), e successivamente tutte le Amministrazioni competenti nella materia oggetto della verificazione (Pesce, "*Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*", Milano, 2003, 171-172).

[19] L'altra garanzia che tradizionalmente si ritiene di non poter non accordare al privato, allo scopo di controbilanciare la circostanza che la verificazione è sempre effettuata da un organismo della Pubblica Amministrazione, è quella del contraddittorio: siffatta garanzia consiste nella facoltà delle parti di assistere alle operazioni di verificazione tramite propri consulenti, legittimati a fare osservazioni e rilievi in ordine alla metodologia adottata dal verificatore e ai risultati cui quest'ultimo sia pervenuto, fermo restando che il compimento della verificazione resta di esclusiva competenza del soggetto nominato dal giudice. Sul punto, è peraltro opportuno segnalare che l'attuale disciplina della verificazione non impone espressamente che le operazioni siano svolte in contraddittorio con le parti, dovendosi con ciò registrare, almeno in apparenza, un arretramento della tutela dei principi di equità processuale rispetto al previgente art. 44 T. U. Leggi Cons. Stato (il quale esplicitamente prevedeva l'eventualità che le parti assistessero alla verificazione, previa autorizzazione del giudice). Si deve tuttavia rilevare che la giurisprudenza prevalente interpreta l'attuale formulazione normativa come implicitamente comprensiva dell'obbligo di rispettare il contraddittorio nell'esecuzione della verificazione, in quanto tale obbligo è considerato direttamente discendente dai principi costituzionali ed europei in materia di giusto processo (sul punto si vedano *ex multis* Cons. St., sez. IV, n. 1343/2012; Cons. St., sez. IV, n. 5628/2013; Cons. St., sez. IV, n. 5112/2013).

componente della P.A., sia in quanto ausiliario del giudice, è tenuto ad improntare la propria condotta al rispetto del principio di imparzialità.

D'altro canto, se può ammettersi che la mera appartenenza del verificatore alla P.A. in senso ampio non impedisca a quest'ultimo di operare con imparzialità, altrettanto non potrebbe sostenersi laddove l'incombente istruttorio venisse assolto da un organismo direttamente dipendente dall'Amministrazione presente in giudizio: in tal caso, difatti, in capo all'organismo in questione, verrebbe a mancare quantomeno quell'apparenza di imparzialità, in assenza della quale l'attività svolta dal verificatore non può essere ritenuta attendibile e non può, pertanto, essere utilizzata dal giudice per risolvere la controversia.

In definitiva, come correttamente sostenuto da dottrina e giurisprudenza, il requisito dell'estraneità alle parti, di cui all'art. 19, comma 2 c.p.a., è soddisfatto soltanto qualora il soggetto chiamato ad espletare l'incombente istruttorio appartenga organicamente ad un'Amministrazione diversa da quella presente in giudizio[20]: nel caso contrario, la verificazione è invalida per mancanza di un requisito essenziale, posto dalla legge a tutela del principio di parità delle armi tra le parti. La conseguenza di tale invalidità è che il giudice non può basare la propria decisione sull'esito della verificazione, risultando altrimenti la sentenza viziata per violazione del citato art. 19, comma 2.

Proprio l'eventualità appena illustrata pare tuttavia essersi verificata nel giudizio definito con la pronuncia in commento: difatti, con l'ordinanza n. 324/2014 i giudici del TAR Umbria disponevano l'esecuzione di una verificazione, allo scopo di accertare la sussistenza di un nesso causale tra l'attività lavorativa svolta dal ricorrente e la patologia dallo stesso successivamente accusata.

Quale organismo verificatore, veniva designato il Direttore del Dipartimento di Scienze Neurologiche e Psichiatriche del Policlinico Militare "Celio" di Roma, cioè un organo di una struttura che, seppure dotata di indubbie competenze in campo medico – scientifico, è incardinata nell'organizzazione del Ministero della Difesa[21]. Il medesimo Ministero compariva, altresì, nella controversia con il ruolo di Amministrazione resistente, dal momento che il provvedimento impugnato era stato adottato dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, notoriamente dipendente dal Ministero della Difesa.

Nel caso di specie, pertanto, non si era realizzata quella condizione di alterità soggettiva tra Amministrazione resistente e Amministrazione ausiliaria del giudice, che, per la dottrina e la giurisprudenza, occorre per reputare integrato il requisito del verificatore, consistente nell'estraneità alle parti del giudizio.

Siffatta circostanza veniva puntualmente rilevata dal ricorrente, il quale, per l'effetto, chiedeva che fosse disposta una nuova verificazione, da affidarsi a un soggetto pubblico realmente considerabile come terzo rispetto alle parti. L'istanza veniva tuttavia respinta dal collegio giudicante, sull'assunto dell'irrilevanza, ai fini del rispetto dell'art. 19 c.p.a., della circostanza che l'organismo verificatore facesse capo alla stessa Amministrazione resistente: sul punto, i giudici amministrativi

[20] In particolare, in dottrina si ritiene che il requisito dell'estraneità alle parti sia soddisfatto, oltre ogni ragionevole dubbio, qualora la verificazione venga affidata ad un organismo appartenente a un'Università oppure ad un altro ente di ricerca (sempre che naturalmente l'Amministrazione a cui tale organismo faccia capo non sia direttamente coinvolta nella controversia): tali organismi, difatti, si contraddistinguono da un lato per l'indiscutibile possesso di competenze tecnico – scientifiche di livello elevato , dall'altro per l'oggettività e il rigore scientifico, caratterizzanti l'operato degli esperti di rango accademico.

[21] Nello specifico, l'ente di appartenenza del Policlinico Militare "Celio" è il Comando Logistico dell'Esercito – Dipartimento Sanità, ovvero una delle articolazioni organizzative del Ministero della Difesa.

umbri affermavano testualmente che "*il Policlinico Militare, per l'obiettiva competenza medica in materia, risponde appieno al requisito della specifica competenza tecnica richiesta dall'art. 19 c.p.a., a prescindere dalla sua appartenenza organica al Ministero della Difesa*".

Orbene, se da un lato è incontestabile che il personale del Policlinico Militare "Celio" sia dotato di esperienza e capacità professionali tali da renderlo idoneo, dal punto di vista tecnico, a eseguire la verificazione, dall'altro è altrettanto evidente che il possesso di specifiche competenze tecniche nella materia oggetto della verificazione, seppur necessario, non è di per sé sufficiente a soddisfare quanto richiesto dal citato art. 19 c.p.a.: difatti, la padronanza di adeguate conoscenze scientifiche garantisce l'osservanza di uno soltanto dei due requisiti prescritti dalla norma, senza incidere in alcun modo, ad avviso di chi scrive, sull'altro presupposto (quello dell'estraneità del verificatore rispetto alle parti in causa), da considerarsi distinto e autonomo rispetto al primo. La reciproca autonomia dei due requisiti è confermata dalla diversa finalità sottesa alla loro previsione da parte del legislatore: nello specifico, l'uno è strumentale a far sì che la verificazione sia svolta da un soggetto che, in virtù delle competenze possedute, sia in grado di fornire un contributo conoscitivo su cui il giudice possa fare affidamento al momento della decisione della controversia; il secondo, invece, è posto prevalentemente in tutela della parte privata ed è volto ad ottenere un accertamento che sia non solo valido dal punto di vista scientifico, ma anche processualmente accettabile, poichè rispettoso dei principi di imparzialità del giudice e di parità delle armi tra le parti.

A parere di chi scrive, dalle precedenti considerazioni emerge con chiarezza come l'art. 19 c.p.a. esiga la contestuale presenza di entrambi i presupposti sopra indicati in capo al soggetto incaricato della verificazione, pena l'invalidità di quest'ultima: tuttavia, come si è visto, i giudici amministrativi umbri non si sono mostrati del medesimo avviso, avendo affermato la sostanziale irrilevanza del requisito dell'estraneità alle parti, così come costantemente interpretato dalla giurisprudenza, qualora sia comprovato il possesso, da parte del verificatore, di competenze tecniche idonee all'espletamento dell'attività istruttoria[22].

Se ben si intende il ragionamento del Collegio, siffatta interpretazione pare doversi ricondurre alla concezione giurisprudenziale, esplicitamente accolta anche dai giudici umbri, che, contrapponendo la verificazione alla c.t.u., identifica l'ambito di operatività della prima nel compimento di accertamenti di fatto privi di profili

[22] L'interpretazione propugnata dal TAR Umbria, volta a sminuire il requisito normativo dell'estraneità alle parti, ancorchè nettamente minoritaria, non è tuttavia del tutto isolata in giurisprudenza: nello stesso solco deve infatti inserirsi la sentenza del Cons. Giust. Amm. Sic., n. 146/2005 (in verità resa prima che il requisito dell'estraneità fosse espressamente previsto dalla legge), nella quale, al rilievo che la verificazione era stata svolta da un Ospedale Militare nonostante il giudizio fosse stato instaurato avverso il Ministero della Difesa, i giudici replicavano che "una struttura sanitaria, anche se appartenente all'Amministrazione interessata alla questione, non può che operare in piena obiettività e disinteresse, stante che utilizza per gli accertamenti ad essa richiesti mezzi e strumenti propri della tecnica medico – legale, per loro natura neutrali". Anche in tale pronuncia, dunque, si riteneva sufficiente, ai fini della validità della verificazione, il possesso di competenze adeguate nella materia oggetto della richiesta del giudice, sulla base di una pretesa neutralità del sapere scientifico concretamente impiegato. In proposito, non può tuttavia non osservarsi che altro è il possesso di cognizioni tecnico – scientifiche, ed altro è l'atteggiamento del soggetto chiamato ad applicare tali nozioni: in altri termini, la detenzione di un determinato sapere scientifico di per sé non può assicurare l'imparzialità dell'operato del verificatore, ben potendo la scienza essere utilizzata in modo da favorire una delle parti, specialmente qualora si debba fare ricorso a una scienza non "esatta", come quella medica.

di valutazione e caratterizzati dall'impiego delle cd. scienze esatte[23]. La logica conseguenza di tale tesi, in effetti, è l'irrilevanza della natura soggettiva del verificatore: difatti, laddove si tratti di effettuare un mero accertamento tecnico basato su nozioni scientifiche esatte, è indifferente che ad eseguire la verificazione sia un organo dell'Amministrazione resistente, piuttosto che un organismo di un'altra P.A., atteso che in entrambi i casi le operazioni tecniche compiute condurranno allo stesso esito. In quest'ottica, è essenziale unicamente che il verificatore possieda le conoscenze scientifiche necessarie, così da poter fornire un risultato attendibile dal punto di vista tecnico.

L'interpretazione appena riportata, ad avviso di chi scrive, è infondata, sia se considerata in astratto, sia se applicata in concreto: difatti, anche a causa dell'incertezza insita nella stessa nozione di scienza esatta, è difficile distinguere le situazioni in cui, per acquisire le informazioni occorrenti al giudice, sia sufficiente lo svolgimento di un'attività di mero accertamento, da quelle nelle quali, invece, si renda necessaria un'attività implicante margini di valutazione soggettiva. Prova ne è il fatto che nella prassi la linea di demarcazione tra le attività in parola tende a sfumare, trovandosi spesso il verificatore a dover compiere non solo puri accertamenti, ma anche vere e proprie valutazioni sconfinanti nell'area dell'opinabilità.

D'altronde, non può di certo considerarsi attività di mero accertamento quella richiesta dal TAR Umbria al Policlinico Militare: la scienza medica, infatti, seppur basata su un complesso di conoscenze largamente condivise e indubbiamente affidabili, notoriamente contempla anche valutazioni di ordine soggettivo, da cui possono derivare responsi anche molto difformi l'uno dall'altro. Ne consegue che, perlomeno nell'ambito interessato dalla sentenza in commento, cioè con riguardo alle malattie di origine professionale, rispetto alle quali a tutt'oggi la medicina incontra difficoltà nell'affermare con sicurezza la riconducibilità di una determinata infermità a una specifica prestazione lavorativa, non può sostenersi l'indifferenza del soggetto incaricato della verificazione. Una volta ribadita la rilevanza dell'identità soggettiva del verificatore, riemerge anche l'esigenza che quest'ultimo sia terzo ed equidistante dalle parti, condizione che, come si è visto, si realizza soltanto laddove l'organismo prescelto appartenga ad un'Amministrazione distinta da quella direttamente coinvolta nel processo[24].

[23] Secondo tale tesi, l'ambito riservato alla c.t.u. è invece costituito dal complesso delle attività implicanti valutazioni sulla scorta di nozioni scientifiche non esatte. Per un'illustrazione più approfondita dell'interpretazione menzionata, nonché per le critiche alla stessa, si rinvia a *supra,* par. 3.1.

[24] Si ritiene opportuno segnalare che lo stesso TAR Umbria, in una pronuncia di poco successiva a quella oggetto della presente nota (TAR Umbria, n. 197/2015, cit.), dà mostra di aver accolto la tesi sostenuta in questa sede: difatti, nell'ambito di un giudizio analogo a quello in commento (nello specifico, vertente sulla legittimità del provvedimento del Ministero della Difesa, con cui era stata rigettata l'istanza di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di una determinata malattia), la verificazione veniva demandata al Direttore di Medicina del Lavoro dell'Ospedale di Perugia, ovvero a un organismo appartenente a un'Amministrazione distinta da quella resistente.

5.L'interpretazione sostenuta nella presente nota trova conforto anche nell'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha avuto modo di occuparsi del problema dell'imparzialità del verificatore in una recente pronuncia[25], adottata su un caso analogo a quello in commento.

Nello specifico, è stata posta all'attenzione dei giudici europei la vicenda di un cittadino italiano, che, successivamente alla prestazione del servizio militare obbligatorio, aveva sviluppato una patologia di natura psichiatrica (disturbo ossessivo compulsivo), a suo dire determinata dalla situazione di grave disagio vissuta all'epoca della leva. Per questo motivo, aveva avanzato richiesta di indennizzo al Ministero della Difesa: la sua istanza, tuttavia, non era stata accolta, in quanto la Commissione Medica dell'Ospedale Militare, organo preposto all'esame della domanda di indennizzo, aveva escluso che l'infermità accusata potesse ricondursi in senso causale al periodo di espletamento del servizio militare, dovendo, al contrario, ritenersi originata da una condizione clinica preesistente.

Avverso il provvedimento di diniego l'interessato aveva promosso ricorso innanzi al TAR Puglia. Risultato soccombente in primo grado, aveva proposto appello innanzi al Consiglio di Stato: nel corso di quest'ultimo giudizio, era stata ordinata l'esecuzione di una verificazione, volta ad accertare la sussistenza di un nesso causale tra il servizio prestato e la malattia successivamente insorta.

L'incombente istruttorio era stato affidato al Collegio medico – legale della Difesa, organo che, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 416/1926, è alle dirette dipendenze del Ministero della Difesa: tale circostanza era stata puntualmente eccepita dal ricorrente, il quale aveva sostenuto che la relazione depositata dal verificatore (confermativa della precedente diagnosi della Commissione) non avrebbe mai potuto essere considerata obiettiva ed imparziale, poiché redatta da un organismo appartenente alla stessa Amministrazione resistente.

Ciononostante, il Consiglio di Stato, disattendendo il rilievo del ricorrente, aveva fatto propri gli esiti della verificazione, e per l'effetto, aveva confermato la sentenza di primo grado. In particolare, le risultanze della verificazione erano state poste a fondamento della decisione, dal momento che la relazione del Collegio medico - legale appariva completa e non contraddittoria o illogica: quanto al contenuto di tale relazione, i giudici del Consiglio di Stato avevano ribadito il consolidato orientamento giurisprudenziale, per il quale le valutazioni medico – scientifiche del verificatore sono insindacabili nel merito, in ragione dei limiti caratterizzanti la giurisdizione di legittimità[26].

Esauriti invano i rimedi giurisdizionali interni, il ricorrente aveva adito la Corte EDU, denunciando la violazione, da parte dello stato italiano, degli artt. 6, para-

[25] Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Di Placì c. Italia*.

[26] Le valutazioni di ordine medico – scientifico formulate dall'organismo verificatore costituiscono espressione della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione. Per costante giurisprudenza, in presenza di casi di discrezionalità tecnica, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni dell'Amministrazione deve arrestarsi al "vaglio *ab externo* della presenza di un eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà" (Cons. St., sez. V, n. 533/2015; *ex multis*, si vedano anche Cons. St., ad. plen., n. 8/2014, Cons. Stato, sez. V, n. 1640/2012; Cons. St., sez. VI, n. 2458/2013), non potendo mai estendersi al contenuto di merito della valutazione stessa. Difatti, qualora al giudice fosse consentito riesaminare nel merito il parere tecnico dell'Amministrazione, la valutazione formulata dal giudice finirebbe per sostituirsi a quella espressa dall'Amministrazione: secondo la giurisprudenza, siffatta evenienza costituisce un'illegittima intrusione del potere giurisdizionale in un'area riservata dalla legge alla competenza di uno specifico organo dell'Amministrazione.

grafo 1 e 13[27] della Convenzione[28]. Il ricorrente, in particolare, si doleva di essere stato giudicato da un tribunale che non poteva dirsi indipendente e imparziale, nell'accezione di cui all'art. 6 della Convenzione[29]: la violazione di tale norma era ricondotta alla circostanza che il Consiglio di Stato, nel decidere la controversia, si era basato quasi esclusivamente su informazioni acquisite attraverso l'ausilio di un soggetto che non poteva essere considerato indipendente ed imparziale rispetto ad entrambe le parti, stante la sua appartenenza organica all'Amministrazione resistente.

Nell'esaminare tale censura, la Corte Europea in primo luogo appurava che nella statuizione del Consiglio di Stato aveva effettivamente avuto un peso determinante la valutazione del Collegio medico – legale della Difesa, organo indubitabilmente posto dalla legge italiana alle dipendenze del Ministero della Difesa, alla luce della sua composizione e della sua collocazione funzionale nell'organizzazione

[27] Si riporta il contenuto testuale delle disposizioni citate. Art. 6, par. 1 – diritto ad un processo equo: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta". Art. 13 – diritto ad un ricorso effettivo: "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali". Per rientrare nell'ambito di applicazione delle garanzie previste dall'art. 6, par. 1, occorre che la controversia verta intorno a *diritti e doveri di carattere civile*. Di tale espressione la Corte Europea ha nel tempo elaborato una nozione autonoma alquanto ampia, tale da ricomprendere anche svariate situazioni soggettive che negli ordinamenti nazionali sono riconducibili all'area del diritto pubblico: in particolare, "il mero fatto che, in base alla legislazione del singolo Stato, una posizione soggettiva ricada nell'ambito del diritto pubblico, non vale a escludere l'applicabilità delle garanzie convenzionali del giusto processo" (Allena, *La rilevanza dell'art. 6 CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 594). Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, ne consegue che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU, non rileva la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ben potendo rientrare nel campo di applicazione di tale norma anche una controversia in tema di interessi legittimi, purchè la situazione soggettiva concretamente azionata sia considerabile alla stregua di un diritto di carattere civile, nell'accezione elaborata dai giudici di Strasburgo (in proposito, Corte EDU, 5 ottobre 2000, *Mennitto c. Italia*).

[28] Per completezza, si segnala che il ricorrente aveva denunciato anche la violazione dell'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), con riferimento allo stato di disagio e di malessere psico-fisico subito durante il periodo di servizio militare obbligatorio. La Corte di Strasburgo accertava la violazione della norma in parola, rilevando nello specifico come lo stato italiano fosse venuto meno al dovere di garantire che il servizio di leva venisse espletato con modalità compatibili con le particolari condizioni di salute del ricorrente. La Corte osservava che, in conseguenza di questo inadempimento, il ricorrente era stato sottoposto a sofferenze talmente intense, da poter essere ricomprese nel novero dei trattamenti degradanti, anche a voler tenere presenti le condizioni di durezza che caratterizzano normalmente la prestazione del servizio militare.

[29] L'indipendenza e l'imparzialità, di cui all'art. 6 CEDU, costituiscono nozioni distinte, ancorchè strettamente connesse. Nello specifico, il tribunale deve essere considerato imparziale qualora siano contestualmente rispettate le seguenti condizioni: da un lato, i giudici non devono nutrire pregiudizi personali nei confronti delle parti; dall'altro, "la giurisdizione è imparziale nella misura in cui si possa escludere ogni legittimo dubbio, anche apparente e non dipendente dalla condotta personale dei giudici" (Prudenzano, *Giusto procedimento amministrativo, discrezionalità tecnica ed effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza della CEDU*, in *www.osservatorioaic.it*, 2014). Quanto all'indipendenza, essa deve essere valutata sulla base della disciplina nazionale regolante i rapporti tra l'organo giudicante e gli altri soggetti pubblici, con la conseguenza che potrà dirsi indipendente il tribunale cui la normativa interna attribuisca garanzie di indipendenza adeguate ed effettive nei confronti degli altri poteri dello stato. Come si vedrà tra breve, la Corte Europea ritiene che i requisiti di imparzialità e di indipendenza dell'art. 6, sebbene richiesti espressamente al solo tribunale, debbano applicarsi estensivamente anche ai consulenti nominati dal tribunale, qualora quest'ultimo intenda basare la propria decisione sugli accertamenti e sulle valutazioni di tali consulenti.

del medesimo Ministero.

Ciò posto, la Corte accoglieva la censura del ricorrente, dichiarando che l'acclarata carenza di indipendenza dell'organismo verificatore aveva determinato la lesione del principio di parità delle armi tra le parti, a sua volta corollario del diritto ad un equo processo, ai sensi dell'art. 6 par. 1 della Convenzione.

Nello specifico, la Corte precisava che il requisito dell'imparzialità e dell'indipendenza, di cui all'art. 6, di per sé deve intendersi riferito al solo tribunale[30], non esigendo espressamente la norma che il medesimo requisito venga osservato anche dal soggetto chiamato dal giudice a compiere un'attività istruttoria.

Cionondimeno, "*la mancanza di neutralità da parte di un consulente nominato dal tribunale può, in alcune circostanze, dare luogo a una violazione del principio della parità delle armi inerente al concetto di equo processo*"[31]*:* in altri termini, secondo la Corte, in presenza di talune circostanze, la carenza di indipendenza dell'ausiliario del giudice si trasmette all'organo giudicante, determinando il venir meno dell'imparzialità di quest'ultimo, e rendendo pertanto l'intero giudizio complessivamente non equo per violazione del principio di parità delle armi.

Nello specifico, quest'eventualità si verifica laddove il contributo conoscitivo apportato dall'ausiliario assurga a elemento decisivo per la risoluzione della controversia, nel senso che il giudice poggi esplicitamente la propria deliberazione sugli accertamenti e sulle valutazioni dell'ausiliario: in tal caso, diviene indispensabile il rispetto, anche da parte dell'ausiliario, del medesimo standard di indipendenza e di imparzialità espressamente richiesto al giudice.

In siffatta evenienza, dunque, non è sufficiente che l'ausiliario adempia al proprio compito, operando in modo neutrale: occorre, altresì, che esso, fin dal momento del conferimento dell'incarico, appaia *ictu oculi* terzo e indipendente rispetto alle parti, nel senso che le sue caratteristiche soggettive e oggettive devono essere tali da non dare adito a dubbi in ordine all'effettività della sua imparzialità.

Naturalmente, puntualizzava la Corte, "*quello che è decisivo è se i dubbi sollevati dalle apparenze possono essere ritenuti obiettivamente giustificati*"[32]: siffatta valutazione postula la disamina complessiva del quadro giuridico in cui il soggetto ausiliario è collocato dal pertinente diritto nazionale.

Applicando le precedenti considerazioni al caso di specie, la Corte osservava che la composizione del Collegio medico – legale e il suo ruolo all'interno della struttura organizzativa del Ministero della Difesa, costituivano elementi idonei a destare ragionevoli dubbi in merito alla neutralità dell'operato di tale organo.

Secondo la Corte Europea, quindi, l'organismo individuato dal Consiglio di Stato quale verificatore doveva ritenersi privo di quell'apparenza di imparzialità e indipendenza, necessaria ai fini della credibilità delle risultanze dell'attività istruttoria, e idonea a consentire al giudice di porre legittimamente quanto emerga da detta attività a fondamento della propria decisione.

---

[30] Secondo i giudici di Strasburgo, per tribunale, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, deve intendersi ogni pubblica autorità che abbia il potere di incidere in modo significativo su un diritto civile. Pertanto, sono tribunali non soltanto gli organi giurisdizionali in senso proprio, ma anche quelle autorità che gli ordinamenti nazionali qualificano come amministrative, purchè siano in grado di condizionare l'esistenza, l'estensione o le modalità di esercizio di un diritto civile: "nel ragionamento della Corte, quel che rileva è dunque soprattutto l'effetto della decisione, non conta invece la natura del soggetto che adotta tale decisione" (Allena, op. cit., 595).

[31] Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Di Placì c. Italia*, tratto dalla valutazione della Corte sulla dedotta violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione.

[32] Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Di Placì c. Italia,* cit.

Cionondimeno, la pronuncia del Consiglio di Stato appariva basata, pressochè esclusivamente, sull'esito della verificazione: per questo motivo, la Corte rilevava che nel giudizio amministrativo di ultima istanza aveva avuto luogo una violazione dell'art. 6 della Convenzione, in quanto al ricorrente non era stata garantita la parità con la controparte nella fase di accertamento di quei fatti, rivelatisi poi decisivi per la sorte della controversia[33].

Durante l'istruttoria erano state, difatti, introdotte nel procedimento delle valutazioni tecnico – scientifiche che, sulla scorta di quanto osservato dalla Corte Europea in tema di imparzialità degli ausiliari del giudice, dovevano reputarsi inattendibili e non potevano quindi essere utilizzate per la decisione: ciononostante, queste valutazioni erano transitate nella sentenza, per effetto del rifiuto dei giudici amministrativi di riesaminare nel merito le risultanze della verificazione, sul presupposto dell'inesistenza di un loro potere in tal senso, per via dei limiti afferenti alla giurisdizione di legittimità.

L'affermazione di sostanziale insindacabilità del contenuto di merito della verificazione aveva determinato, secondo la Corte EDU, l'aggravamento della violazione dell'art. 6, dal momento che le conclusioni del Collegio medico – legale avevano finito per costituire "l'unica prova incontestata e decisiva utilizzata per determinare le questioni della causa"[34].

---

[33] Sul punto, si veda PRUDENZANO, op. cit.: "la Corte ritiene che il processo non sia stato equo perché non è stata assicurata la parità tra le parti: la carenza di imparzialità dell'organo amministrativo deputato all'accertamento […] traspare dalla sua riferibilità organica all'Amministrazione competente a riconoscere l'equo indennizzo".

[34] Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Di Placì c. Italia,* cit. Nel riconoscere l'aggravamento della violazione dell'art. 6, in conseguenza della mancata effettuazione, da parte del Consiglio di Stato, di un riesame di merito delle valutazioni del verificatore, la Corte implicitamente rimanda al proprio costante orientamento in tema di effettività delle garanzie di equità processuale. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 e 13 della Convenzione, difatti, i cittadini degli stati aderenti, qualora subiscano una lesione dei diritti loro attribuiti dalla Convenzione, anche per mano di autorità pubbliche, hanno diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un tribunale imparziale. Orbene, secondo la Corte, il ricorso può dirsi effettivo soltanto qualora l'organo giurisdizionale, oltre a rispettare i requisiti di imparzialità e di indipendenza, sia anche dotato del potere di giudicare la controversia posta alla sua attenzione sotto ogni profilo, sia di fatto, sia di diritto; all'opposto, il ricorso non è considerato effettivo laddove il tribunale incontri limitazioni nell'esercizio dell'attività conoscitiva finalizzata alla risoluzione della controversia. In altri termini, secondo la Corte, il ricorso è effettivo soltanto qualora il giudice abbia esercitato una giurisdizione piena (cd. *full jurisdiction*) sulla controversia, laddove cioè abbia potuto avere cognizione di ogni aspetto di quest'ultima, sia relativamente alle questioni rilevanti di fatto, sia a quelle di diritto. Ciò implica che, ad avviso della Corte, nel caso in cui la cognizione del giudice risulti limitata dalla natura pubblica di una delle parti o di un consulente nominato dal tribunale (come in effetti accade nel giudizio di legittimità, nell'ambito del quale, per costante giurisprudenza, non è consentito al giudice di sindacare nel merito le valutazioni tecniche espresse dagli organi dell'Amministrazione, tra cui l'organismo verificatore), il ricorso non può dirsi effettivo. Applicando le precedenti considerazioni al caso esaminato dalla Corte Europea, dalla circostanza che il Consiglio di Stato abbia ammesso di non poter riesaminare nel merito il parere reso dal verificatore, deriva il venir meno della possibilità, più volte riconosciuta dalla Corte, di porre rimedio, attraverso l'esercizio dell'attività giurisdizionale, alla violazione dell'art. 6 CEDU, perpetrata da un organo della P.A. Difatti, ad avviso della Corte, quando la trasgressione dei principi di cui all'art. 6 CEDU sia avvenuta nel corso di un procedimento amministrativo, la violazione in parola può ancora trovare riparazione, all'interno dello Stato aderente, ad opera di un tribunale: in particolare, l'esercizio della giurisdizione, da parte di un tribunale indipendente, imparziale e fornito di poteri di piena giurisdizione, è idoneo a sanare la violazione dell'art. 6 (violazione che, pertanto, in tal caso non potrà essere rilevata dalla Corte). Al contrario, l'assenza, presso il medesimo tribunale, di poteri di piena giurisdizione, impedisce la realizzazione di una tutela effettiva, amplificando l'effetto lesivo concretizzatosi durante il procedimento amministrativo. La Corte EDU ha affrontato il tema della *full jurisdiction* in molte pronunce*:* tra le più significative, si vedano Corte EDU, 23 giugno 1981, *Le*

A tale proposito, dal ragionamento della Corte si evince che se l'organo giudicante avesse effettuato un riesame completo e approfondito delle risultanze della verificazione, tale da impingere anche nel merito di queste ultime, il problema della carenza di indipendenza e imparzialità del verificatore avrebbe potuto ritenersi superato, in quanto le valutazioni di un soggetto non indipendente dalle parti (il Collegio medico – legale) sarebbero state di fatto sostituite da quelle di un organo (il Consiglio di Stato), la cui indipendenza e la cui imparzialità sono, al contrario, fuori discussione. Viceversa, l'accoglimento, da parte dei giudici, delle osservazioni del verificatore non indipendente, previo l'esperimento di un controllo unicamente estrinseco e logico – formale (un controllo cioè limitato all'accertamento dell'insussistenza, nella relazione del verificatore, di vizi di contraddittorietà e illogicità), non può che comportare da un lato l'aggravamento dell'inosservanza dell'art. 6 CEDU, dall'altro la trasmissione della violazione di tale disposizione alla sentenza che si sia poggiata sulle osservazioni in parola.

Pertanto, a maggior ragione alla luce della rilevanza assunta in concreto dalle valutazioni del verificatore, i giudici di Strasburgo concludevano che nel procedimento innanzi al Consiglio di Stato non era stato tutelato il diritto del ricorrente a un processo equo, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione, in quanto il tribunale aveva compromesso la propria imparzialità designando, come ausiliario, un soggetto direttamente riconducibile a una delle parti, circostanza che aveva determinato il venir meno della parità delle armi tra i contendenti.

6.Dall'analisi dell'orientamento espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza "Di Placì contro Italia" emerge chiaramente come i principi enucleati dalla Corte in materia di imparzialità del giudice e dei suoi ausiliari si attaglino perfettamente alla decisione del TAR Umbria oggetto della presente nota: anche la pronuncia in commento, difatti, parimenti a quella dei giudici di Strasburgo, è fondata prevalentemente sull'esito di una verificazione eseguita da un organismo pubblico (il Policlinico Militare "Celio" di Roma), che, per essere posto dalla normativa italiana alle dipendenze del Ministero della Difesa, non poteva essere considerato indipendente e imparziale nel procedimento dinanzi al tribunale amministrativo umbro, poichè in quest'ultimo il medesimo Ministero compariva come Amministrazione resistente.

Per di più, i giudici umbri, oltre ad aver affidato l'incombente istruttorio a un soggetto che non rispettava i requisiti di imparzialità e indipendenza richiesti dall'art. 6 CEDU, avevano accolto compiutamente le valutazioni del verificatore, senza riesaminarle nel merito, ma limitandosi ad attestarne la non manifesta illogicità o contraddittorietà, per non fuoriuscire dai confini della giurisdizione generale di legittimità: perciò, alla pari di quanto avvenuto nel caso "Di Placì contro Italia", anche nel procedimento innanzi al TAR Umbria il vizio di imparzialità generatosi nella fase istruttoria era alfine transitato nella sentenza.

Alla luce delle precedenti considerazioni, è dunque agevole notare come la giurisprudenza europea si unisca alla dottrina e alla giurisprudenza maggioritaria italiana, sopra richiamate, nel confermare i rilievi mossi nei confronti della decisione

Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio; Id., 13 febbraio2003, *Chevrol contro Francia*; Id., 28 maggio 2002, *Kingsley c. Regno Unito*; Id., 31 luglio 2008, *Druzstevni zalozna Pria c. Repubblica Ceca*; Id., 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. Sul medesimo argomento, in dottrina si rinvia ad ALLENA, op. cit., 628 ss, a PRUDENZANO, op. cit. e a DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 2013, 513.

dei giudici umbri: in effetti, l'interpretazione che la giurisprudenza interna dà del requisito di cui all'art. 19 c.p.a. (in base al quale il verificatore, per essere reputato estraneo alle parti, non deve essere un organo dell'Amministrazione presente in giudizio), a ben vedere non rappresenta altro che una soluzione al problema della conciliazione tra la disciplina della verificazione e le irrinunciabili esigenze di imparzialità del giudice e di parità delle parti, direttamente derivanti dalla doverosa applicazione, anche nella giustizia amministrativa, dei canoni costituzionali ed europei del giusto processo.

Difatti, per accordare un'adeguata tutela ai principi in parola, si rende indispensabile ridurre il più possibile l'effetto di disequilibrio sulla posizione processuale delle parti, che inevitabilmente si produce nel processo amministrativo in conseguenza del coinvolgimento di un soggetto che, per la sua appartenenza alla Pubblica Amministrazione, non può mai essere ritenuto perfettamente terzo rispetto ad entrambe le parti. Ciò posto, secondo la giurisprudenza, un compromesso accettabile tra la peculiare disciplina della verificazione e l'esigenza di dare effettività ai principi del giusto processo, si raggiunge nel momento in cui il dato legislativo viene interpretato nel senso di riconoscere validità all'attività istruttoria ausiliaria unicamente laddove quest'ultima sia svolta da un organismo, che, sebbene riconducibile alla P.A. in senso lato, non sia tuttavia incardinato nell'organizzazione dell'Amministrazione presente in giudizio: questo perché il verificatore selezionato alla stregua di tale criterio non nutre un diretto interesse nella controversia, con la conseguenza che la sua imparzialità non può ragionevolmente essere revocata in dubbio. Ne deriva ulteriormente che non può essere considerata iniqua la sentenza basata sulle valutazioni di un verificatore individuato nel rispetto di tale condizione, in quanto l'osservanza della predetta regola consente di ritenere salvaguardato il principio di imparzialità e indipendenza del giudice, nonché il principio di parità delle armi, nella misura minima necessaria per non incorrere nella violazione dell'art. 6 CEDU.

Rilevato che la tesi sostenuta dal TAR Umbria nella sentenza in commento si pone in contrasto con l'interpretazione giurisprudenziale predominante della disciplina, nazionale e convenzionale, dell'imparzialità del verificatore, e chiariti i motivi per cui si reputa la concezione dei giudici umbri non accettabile, rimane da appurare se l'istituto della verificazione, considerato a prescindere dalla sua applicazione nella pronuncia in esame, possa dirsi compatibile con i principi del giusto processo, per come elaborati dalla Corte EDU, oppure se, al contrario, debba riconoscersi la fondatezza delle critiche mosse da una parte della dottrina italiana, secondo la quale tale istituto dovrebbe essere soppresso, poichè non conforme ai principi in questione, e poiché comunque inutile, data l'esistenza di un istituto dalla funzione analoga, quale la c.t.u.

A tal fine, occorre focalizzare l'attenzione per un'ultima volta sia sulla regolamentazione dell'istituto nel c.p.a., sia sull'interpretazione che di tale normativa è stata proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente.

Come visto in precedenza, il codice del processo amministrativo, in particolare agli artt. 19 e 63, dispone che, qualora la risoluzione della controversia presupponga l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni per cui occorra il possesso di competenze tecnico – scientifiche, il giudice possa affidare l'esecuzione della relativa attività istruttoria a un soggetto pubblico, denominato organismo verificatore. Quest'ultimo deve essere selezionato dal giudice tra gli organi delle molteplici Amministrazioni, sulla base di due criteri, da osservarsi congiuntamente: da un lato, il verificatore deve essere dotato di un patrimonio di conoscenze tecniche, nel-

la materia oggetto della verificazione, idoneo a consentire il chiarimento della questione controversa; dall'altro, ferma restando la necessità della sua appartenenza alla Pubblica Amministrazione, il verificatore deve essere un soggetto estraneo alle parti del giudizio.

La previsione dei due requisiti citati è evidentemente finalizzata a far sì che l'incombente istruttorio venga assolto da un soggetto non solo tecnicamente capace, ma anche indipendente e terzo rispetto alle parti, di modo che non sia possibile dubitare della neutralità del suo operato: in ultima analisi, dunque, i requisiti in parola rappresentano lo strumento normativo con cui il legislatore italiano ha inteso rendere effettive anche nel processo amministrativo la garanzia di imparzialità del giudice e dei suoi ausiliari, e la garanzia di parità delle armi tra le parti, in ossequio alle disposizioni della CEDU.

Allo scopo di verificare se tale disciplina possa dirsi idonea a soddisfare le esigenze di equità processuale emergenti dalla Convenzione, occorre innanzitutto osservare che, in linea di principio, la Corte Europea non ravvisa la violazione dell'art. 6 per il mero fatto che un soggetto appartenente all'Amministrazione venga chiamato dal giudice a svolgere un'attività di consulenza nell'ambito di una controversia nella quale l'Amministrazione compaia come parte.

Tale circostanza costituisce, invero, ad avviso della Corte, soltanto un indizio della sussistenza di una trasgressione dell'art. 6, per accertare la quale è, al contrario, necessario passare in rassegna il complesso della disciplina nazionale applicabile agli ausiliari del giudice([35]): solo in tal modo, difatti, è possibile stabilire se il soggetto cui sia stata in concreto demandata l'esecuzione dell'attività istruttoria, rispetti effettivamente il canone di imparzialità e indipendenza (previsto per il giudice, ma, come si è visto, estensibile anche agli ausiliari), oppure se debba essere ritenuto privo di quelle garanzie di terzietà e indipendenza nei confronti delle parti, che comportano da un lato il venir meno dell'imparzialità dell'organo giudicante, e dall'altro la lesione del principio di parità delle armi.

In definitiva, secondo la Corte EDU, l'art. 6 della Convenzione non osta a che un soggetto pubblico adempia a un incombente istruttorio in una causa in cui sia presente una Pubblica Amministrazione, purchè sia in ogni caso assicurata dalla normativa interna l'osservanza dei principi del giusto processo.

Orbene, ad avviso di chi scrive, la disciplina della verificazione soddisfa quanto richiesto dalla Corte Europea: difatti, il requisito dell'estraneità alle parti dell'art. 19 c.p.a., a mezzo del quale si è inteso dare tutela nel processo amministrativo alle esigenze di terzietà, imparzialità e indipendenza del verificatore, è considerato integrato dalla giurisprudenza soltanto laddove sia incaricato della verificazione un organo di un'Amministrazione terza rispetto a quella che è parte in causa.

Siffatta lettura della norma assicura che la verificazione sia espletata da un soggetto che non è né portatore di un interesse in gioco nella controversia, né direttamente coinvolto in questa: di conseguenza, attraverso tale interpretazione, vengono meno i motivi di temere che il verificatore possa operare in modo non neutrale.

In definitiva, l'interpretazione giurisprudenziale del requisito dell'estraneità alle parti permette di ritenere l'istituto della verificazione complessivamente compatibile con i canoni di equità processuale ricavabili dall'art. 6 CEDU, sulla scorta dell'attività ermeneutica della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Di conseguenza, si ritiene di poter affermare la sostanziale conformità dell'attuale disciplina della verificazione ai principi del giusto processo, a patto che nella

[35] Sul punto, si veda Corte EDU, 5 luglio 2007, *Sara Lind Eggertsdottir contro Islanda* .

concreta applicazione dell'istituto siano strettamente osservati i presupposti normativi vigenti, così come interpretati dalla giurisprudenza prevalente.

Tanto premesso, a parere di chi scrive, l'istituto della verificazione è meritevole di conservazione, in quanto una sua eventuale abolizione produrrebbe il solo effetto di sottrarre al giudice uno strumento che, lungi dal costituire una mera duplicazione della consulenza tecnica d'ufficio, consente di acquisire e di impiegare nel processo amministrativo la vasta gamma di competenze e professionalità tecnico - scientifiche detenute dall'Amministrazione. In mancanza della facoltà di ricorrere al detto strumento, le conoscenze acquisibili mediante tali competenze rischierebbero difatti di rimanere al di fuori dell'ambito della cognizione del giudice, con la conseguenza che il processo amministrativo finirebbe per risultare più "povero" in termini di patrimonio conoscitivo a disposizione dell'organo giudicante, senza essere al contempo più rispettoso delle garanzie di equità processuale.

MATTEO PASSERI

T.A.R. UMBRIA – Sez. I – Sentenza 30 aprile 2015, n. 192 – *Pres.* LAMBERTI - *Est.* AMOVILLI– M. C. D. S.(Avv.M. Vaccari) c. Comune di Città di Castello (Avv. A. Mariani Marini) e M.M.

Impiego pubblico – Dirigenti esterni – Conferimento incarico –Deroga al concorso pubblico – Non sussiste – Selezione para-concorsuale (art. 110 comma 1, d.lgs. 267/2000)

Impiego pubblico – Dirigenti esterni – Conferimento incarico –Selezione assimilabile al concorso pubblico –Giurisdizione amministrativa – Sussiste (art. 110 comma 1, d.lgs. 267/2000)

Impiego pubblico– Dirigenti esterni – Conferimento incarico –Scelta *intuitu personae* – Affinità all'indirizzo politico – Pregiudica il principio di distinzione – Art. 97 Cost. – Contrasto (Art. 97 Cost.)

L'art. 110 comma 1 del TUEL, indipendentemente dalla questione della natura pubblica o privata dell'atto terminale di conferimento dell'incarico dirigenziale, non costituisce una piena deroga alla regola del concorso pubblico di cui all'art. 97 Cost. trattandosi di selezione para-concorsuale retta dai principi di trasparenza, imparzialità e par condicio. (1)

Diversamente dal conferimento di incarichi dirigenziali a personale già dotato della qualifica dirigenziale, il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'Amministrazione conferente, presupponendo una selezione assimilabile a quella concorsuale, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo. (2)

La scelta "intuitu personae", motivata con l'esigenza di un rapporto di fiducia,è preordinata non già alla scelta del d*irigente migliore bensì a quello maggiormente affine all'indirizzo politico dell'Amministrazione, con grave pregiudizio per il principio di separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione amministrativa, espressione del principio di buona andamento (e imparzialità) di cui all'art. 97 Cost*. (3)

(*Omissis*)Espone l'odierna ricorrente di aver partecipato a selezione pubblica indetta dal Comune di Città di Castello ai sensi dell'art. 110 comma 1, del D.lgs. 267/2000 e delle corrispondenti previsione statutarie e regolamentari interne, per il conferimento di incarico dirigenziale, per la durata di tre anni, di direzione dell'Area Servizi alla Persona - Politiche Sociali ed Educative.

Con l'avviso pubblicato dal 5 aprile al 20 aprile 2014 all'albo pretorio venivano specificati oltre i requisiti per l'accesso (art. 3) l'onere per i candidati di presentare dettagliato *curriculum* formativo e professionale (art. 4), la previsione di un colloquio riservato ai candidati il cui profilo risultava maggiormente rispondente alle professionalità e competenze richieste (art. 7) finalizzato al riscontro della preparazione professionale e delle esperienze di servizio complessivamente risultanti dal *curriculum* ed infine i criteri di valutazione delle domande ammesse (art. 8). L'art. 7 inoltre specificava che la selezione "non avrebbe dato luogo alla formazione di una graduatoria".

Con determina n. 645 del 13 giugno 2014 il Dirigente Risorse Umane ha esaminato le 25 domande pervenute, ammettendo alla selezione soltanto 14 concorrenti, tra cui l'odierna ricorrente.

Alla seduta di insediamento del giorno 13 giugno 2014, la Commissione esaminatrice ha stabilito le regole ed i criteri valutativi da utilizzare nella selezio-

ne, fissando in 80 punti il punteggio massimo complessivo attribuibile a ciascun candidato, suddiviso in 40 ai *curricula* e in 40 al colloquio, e stabilendo in 28/40 il punteggio minimo ai fini dell'accesso al colloquio stesso, quale seconda fase della selezione.

La dott. ssa D. S. è stata ammessa a sostenere il colloquio, riportando il punteggio di 32/40 punti riservati alla valutazione del *curriculum* ed ottenendo 30 punti per il colloquio, con un punteggio complessivo di 62/80.

Con determina dirigenziale n. 890 del 11 agosto 2014, a conclusione della selezione è stato individuato quale vincitore il dott. M. M., con un valutazione complessiva di 69/80 punti.

Con decreto n. 23 del 27 agosto 2014, subito dopo la sottoscrizione del relativo contratto individuale di lavoro, il Sindaco di Città di Castello ha incaricato il dott. M. non già della posizione dirigenziale oggetto della selezione bensì della direzione del Settore "Politiche Sociali Istruzione Commercio Turismo Politiche Economiche".

La dott.sa D. S. impugna oltre all'atto di mancata ammissione al colloquio, tutti gli atti della selezione in esame, ivi compresi l'avviso pubblico, i verbali della Commissione, la determinazione conclusiva, l'atto sindacale di conferimento dell'incarico ed il contratto di lavoro dirigenziale sottoscritto dal controinteressato, deducendo articolate censure così riassumibili:

I. Violazione e/o elusione dei principi in materia di procedure concorsuali, violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza, eccesso di potere per arbitrarietà manifesta, violazione dell'art. 12 del d.P.R. 487/94, dell'art. 16 del Regolamento comunale di disciplina dei concorsi e dell'art. 35 c. 3, D.lgs. 165 del 2001: i criteri di valutazione dei candidati, anziché essere definiti e noti prima della presentazione delle domande, come richiesto in ogni procedimento di tipo concorsuale o para-concorsuale, sarebbero stati invece stabiliti dalla Commissione in via postuma nella seduta del 13 giugno 2014; soltanto a *curricula* già noti e comunque conoscibili la Commissione avrebbe provveduto a determinare i criteri di valutazione, utilizzando la griglia di cui all'art. 8 dell'avviso pubblico, nonché a stabilire il punteggio minimo per l'accesso al colloquio;

II. Violazione dell'art. 35 c. 3, Dlgs. 165 del 2001 e dell'art. 13 del Regolamento di disciplina dei concorsi: i componenti della commissione esaminatrice sarebbero privi della richiesta provata competenza nelle materie concorsuali;

III. Violazione e/o elusione dei principi in materia di procedure concorsuali, violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza, eccesso di potere per sviamento sia per assoluta genericità dei criteri di valutazione che impossibilità di ricostruzione dell'iter logico seguito dalla Commissione: le valutazioni c.d. "alfanumeriche" effettuate dalla Commissione risulterebbero non supportate a monte dalla predeterminazione di criteri precisi e puntuali, solamente in presenza dei quali sarebbe consentito prescindere da un giudizio sintetico;

IV. Eccesso di potere: la valutazione del *curriculum* della ricorrente espressa dalla Commissione sarebbe oltre modo penalizzante in considerazione delle esperienze professionali, ivi documentate, strettamente attinenti alla posizione da ricoprire, a differenza del *curriculum* prodotto dal contro interessato;

V. Violazione degli artt. 6 e 12 del d.P.R. 487/94, dell'art. 24 del Regolamento comunale sulla disciplina dei concorsi, eccesso di potere per illogicità manifesta: diversamente da quanto imposto dalla normativa di riferimento sarebbe stata elusa la garanzia di pubblicità della prova orale nonché l'estrazione a sorte delle domande da formulare ai candidati;

VI. Violazione e falsa applicazione dell'art. 110 c. 1, del D.lgs. 267/2000, dell'art. 48 dello Statuto comunale, dell'art. 21 del Regolamento comunale per l'Organizzazione degli uffici e servizi, eccesso di potere per sviamento: dalla scansione procedimentale risulterebbe evidente come l'incarico dirigenziale conferito al controinteressato risulterebbe del tutto diverso da quello oggetto della selezione, con evidente sviamento dalla funzione tipica esercitata.

Si è costituito il Comune di Città di Castello, eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del g.a. esulando la selezione per cui è causa dalle procedure concorsuali riservate ai sensi dell'art. 63 c. 4 del D.lgs. 165/2001 alla giurisdizione amministrativa, non essendo caratterizzata dallo svolgimento di prove e dalla formazione di una graduatoria di merito ed avendo invece carattere fiduciario.

Nel merito chiede il rigetto del gravame, stante l'infondatezza di tutte le censure *ex adverso* dedotte, in sintesi evidenziando:

- sarebbe del tutto erroneo il presupposto logico giuridico posto a fondamento di gran parte dei motivi di gravame, circa la pretesa natura concorsuale o para-concorsuale della selezione di cui all'art. 110 TUEL;
- la legittimità, secondo il diritto vivente, della motivazione "alfanumerica" anche nelle selezioni concorsuali;
- l'insindacabilità delle scelte discrezionali tipiche nel conferimento di incarichi dirigenziali nell'impiego pubblico privatizzato;
- la piena legittimità della determinazione o integrazione dei criteri di valutazione prima della valutazione delle prove.

Non si è costituito il controinteressato dott. M. M.

La difesa della ricorrente, con successive memorie, ha controdedotto anche sull'eccezione di giurisdizione, sostenendo che anche a voler negare la natura concorsuale, la selezione in esame in quanto contraddistinta da una valutazione dei *curricula* e del colloquio di tipo comparativo, coinvolgerebbe posizioni di interesse legittimo con conseguente cognizione da parte del g.a., secondo il generale criterio di riparto fondato sulla natura delle posizioni sostanziale azionate.

Alla camera di consiglio del 3 dicembre 2014 l'istanza cautelare, su accordo delle parti, è stata "abbinata" al merito.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del giorno 25 marzo 2015, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

2. E'materia del contendere la legittimità della selezione pubblica indetta dal Comune di Città di Castello, ai sensi dell'art. 110 comma 1, del D.lgs. 267/2000 (TUEL) e delle corrispondenti previsione statutarie e regolamentari interne, per il conferimento di incarico dirigenziale per la durata di tre anni, di direzione dell' Area Politiche Sociali ed Educative, da cui la ricorrente è risultato ammessa a sostenere anche il colloquio ottenendo un punteggio complessivo di 62/80.

Buona parte delle doglianze di parte ricorrente muovono dalla contestazione della natura asseritamente fiduciaria della selezione *de quo*, che pur non avendo natura concorsuale, sarebbe ugualmente sottoposta ai principi di imparzialità, trasparenza e *par condicio,* ritenuti inderogabili anche nella fattispecie, in quanto derivanti da norme costituzionali (art. 97 commi 2 e 4, Cost.) e da principi generali dell'ordinamento (art. 1 comma 1, legge 241 del 1990).

3. Preliminarmente, deve essere affrontata l'eccezione di giurisdizione sollevata dal Comune resistente.

3.1. Secondo la difesa comunale, la selezione effettuata ai sensi dell'art. 110 comma 1 del TUEL non avrebbe natura concorsuale, trattandosi di selezione pre-

ordinata al conferimento di carattere fiduciario di incarichi dirigenziali nell'ente locale, con conseguente esclusione della giurisdizione del g.a. in materia di controversie inerenti procedure concorsuali prevista dal comma 4, dell'art. 63 del D,.lgs. 165 del 2001, e attrazione nella giurisdizione del g.o. (prevista dal comma 1 del medesimo D.lgs.) in tema di controversie concernenti il conferimento degli incarichi dirigenziali.

3.2. Invero, è oramai principio pacifico che su tale ultima tipologia di controversie sussista la giurisdizione del giudice ordinario (*ex multis*Cass. civ. sez. unite, 23 settembre 2013, n.21671; id. 1 dicembre 2009, n. 25254; id. 14 aprile 2008, n. 9814; Consiglio di Stato sez. V, 29 aprile 2009 n. 2713) come peraltro statuito anche dall'adito T.A.R. (sent. n. 330 del 6 giugno 2013) quantomeno in riferimento all'affidamento di incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa (peraltro nella fattispecie conferito a soggetto interno e non preceduto da selezione pubblica).

3.3. Occorre però stabilire, anzitutto, se la selezione disciplinata dall'art. 110 comma 1, TUEL a monte del conferimento dell'incarico dirigenziale (da parte del Sindaco) abbia o meno carattere concorsuale, poiché in ipotesi affermativa ne discenderebbe la giurisdizione del g.a. ai sensi del citato art. 63 c. 4, del D.lgs. 165/2001.

3.4. Recentemente la Cassazione (sez. lav. 13 gennaio 2014, n. 478) invero senza affrontare *funditus* la natura della selezione di che trattasi, ne ha affermato la natura di "strumento per affidare incarichi di rilievo sulla base dell'*intuitu personae*" riconoscendo la contempo la necessità di integrare la disciplina di cui all'art. 110 TUEL con l'art. 19 del D.lgs. 165 del 2001 (peraltro espressamente richiamato nell'avviso pubblico della selezione per cui è causa) quanto al profilo del termine minimo di durata degli incarichi.

In precedenza è stata altresì sostenuta l'assenza di vincoli di carattere procedimentale, risultando il conferimento dell'incarico, appunto, atto privatistico di gestione (*ex multis* Cassazione sez. lav. 20 marzo 2004, n. 5659).

E' stato però anche affermato che il conferimento di incarico dirigenziale non è incompatibile con la preventiva attivazione di una procedura selettiva tra gli aspiranti che assuma le caratteristiche del pubblico concorso (Cass. sez. unite 23 marzo 2005, n. 6217; id. sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495). Più di recente, pur ribadendo la natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, è stato evidenziato che, le norme contenute nell'art. 19, comma 1, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, obbligano l'Amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; tali norme obbligano la p.a. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte; laddove, pertanto, l'Amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile (così Cassazione 14 aprile 2008, n. 9814; id. sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495).

3.5. Va anche evidenziato che ai sensi dell'art. 40 c. 1 lett. b) del D.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 c.d. "Brunetta", che ha introdotto il comma 1-bis all'art. 19 del D.lgs. 165 del 2001, è imposto all'Amministrazione un preciso onere motivazionale circa le ragioni e i criteri seguiti per il conferimento dell'incarico.

Infine, secondo orientamento oramai minoritario, la regola dell'evidenza pub-

blica sarebbe inderogabile per il conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni (T.A.R. Calabria - Catanzaro sez. II, 4 dicembre 2008, n. 1560; T.A.R. Campania - Napoli sez. V, 9 dicembre 2002, n. 7887) dovendo necessariamente distinguersi tra conferimento di incarichi dirigenziali interni ovvero a soggetti già in possesso della qualifica dirigenziale ed incarichi a soggetti esterni all'Amministrazione conferente, per i quali venendosi a costituire un rapporto di pubblico impiego occorre selezione assimilabile a quella concorsuale (Corte Costituzionale 2007 n. 108).

3.6. Ciò premesso, secondo orientamento diffuso della giurisprudenza amministrativa di prime cure, l'art. 110 del TUEL nel consentire agli enti locali di affidare incarichi di responsabilità dirigenziale con contratti a tempo determinato, non li esonera dallo svolgere procedure concorsuali (T.A.R. Sicilia Catania sez. II, 11 ottobre 2013, n. 2465; T.A.R. Piemonte sez. II, 21 marzo 2012, n. 362; T.A.R. Toscana sez. I, 11 novembre 2010 n. 6578; T.A.R. Campania Napoli sez. V, 9 dicembre 2002, n. 7887).

3.7. Va evidenziato che la selezione indetta nel caso di specie dal Comune di Città di Castello è risultata pubblica ovvero aperta ai candidati esterni alla struttura organizzativa comunale e contraddistinta da una selezione dei candidati sia quanto alla valutazione del *curriculum* (max 40 punti) sia del colloquio (max 40 punti) a cui potevano accedere soltanto i candidati che avevano conseguito un punteggio di 28/40 per il *curriculum*.

Pur a fronte della prevista esclusione della formazione di una graduatoria, non sfugge al Collegio che una selezione così strutturata, pur non essendo riconducibile ad un concorso pubblico in senso stretto, pare assumere valenza para - concorsuale essendovi una selezione comparativa tra i candidati a fronte della quale le relative posizioni sostanziali assumono consistenza di interesse legittimo all'ottenimento dell'incarico, secondo le regole predeterminate dalla legge e dall'avviso pubblico.

3.8. Vi è in sostanza, prima dell'atto di conferimento dell'incarico, la necessaria e preventiva intermediazione di un potere autoritativo di tipo discrezionale tecnico (comparazione dei *curricula* e del colloquio) che assegna alla posizione azionata dal dott.ssa Donati Sarti valenza di interesse legittimo.

3.9. Diversamente opinando ovvero qualificando la selezione di cui all'art. 110 comma 1, TUEL quale scelta "*intuitu personae*" risulterebbe assai dubbia la compatibilità costituzionale della norma in riferimento all'art. 97 commi 2 e 4, Cost., dal momento che il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'Amministrazione comporterebbe, in quanto costitutivo di un rapporto di impiego pubblico, una aperta deroga al principio costituzionale dell'accesso tramite pubblico concorso - valevole anche per le assunzioni a tempo determinato (Corte Cost. 23 aprile 2013, n. 73; Consiglio di Stato sez. VI, 4 novembre 2014, n. 5431) - non sorretta da esigenze di buon andamento e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarla (Corte Costituzionale 13 giugno 2013 n. 137; Id. n. 205 del 2006; nn. 297, 363 e 448 del 2006, 104 del 2007; 161 del 2008, 215 e 293 del 2009; n. 9, 10, 169, 195, 225, 235, 267, 354 del 2010; 7, 42, 52, 67, 68, 108, 127, 189, 299 e 310 del 2011; 30, 62, 100, 161, 177, 211, 212, 217, 226, 231 del 2012; 3 e 28 del 2013).

3.10. La scelta "*intuitu personae*", motivata con l'esigenza di un rapporto di fiducia tipico del profilo dirigenziale, risulterebbe preordinata non già alla scelta del Dirigente migliore bensì a quello "maggiormente affine" all'indirizzo politico dell'Amministrazione - come non a torto sostenuto dalla difesa del ricorrente - con grave pregiudizio per lo stesso principio di separazione tra attività di indirizzo

politico e attività di gestione amministrativa sancita dal Codice sul Pubblico Impiego (artt. 13 e seg.) e dallo stesso TUEL (art. 107) principio ritenuto - anche di recente - espressione del buon andamento (Corte Cost. sent. 3 maggio 2013, n.81) e che non avrebbe alcun significato ove la scelta del Dirigente fosse a monte "*intuitu personae*".

Diversamente dal conferimento di incarichi dirigenziali a personale già dotato della qualifica dirigenziale, il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'Amministrazione conferente, presupponendo una selezione assimilabile a quella concorsuale (C.Cost. 2007 n. 108), rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

3.11. Va quindi affermato che l'art. 110 comma 1 del TUEL, indipendentemente dalla questione della natura pubblica o privata dell'atto terminale di conferimento dell'incarico dirigenziale, non costituisce una piena deroga alla regola del concorso pubblico di cui all'art. 97 Cost. trattandosi di selezione para -concorsuale retta dai principi di trasparenza, imparzialità e *par condicio*.

E ciò è più vero laddove l'Amministrazione, come nel caso di specie, abbia applicato lo strumento offerto dall'art. 110 c. 1 del TUEL prevedendo l'assegnazione di un punteggio ai *curricula* con una soglia minima per l'accesso al colloquio e con un punteggio finale dato dalla sommatoria tra i punti ottenuti nella valutazione del *curriculum* e del colloquio stesso, ovvero optando per una valutazione di tipo comparativo e procedimentalizzata, come non le è certo vietato bensì imposto (secondo la tesi di Cassazione sez. lav. 14 aprile 2008 n. 9814).

3.12. Ritiene poi il Collegio che anche a voler ragionare in termini di piena deroga allo strumento del concorso pubblico, di cui si ribadisce il forte sospetto di incostituzionalità, la sostenuta e condivisibile necessità di valutazioni comparative e di motivazione delle valutazioni al fine della compatibilità coi principi di imparzialità e buon andamento, denota inequivocabilmente, in punto di giurisdizione, la natura di interesse legittimo della posizione azionata dal ricorrente, che si duole proprio della ingiusta violazione dei suddetti principi.

Non ritiene infatti il Collegio di poter qualificare la posizione soggettiva di cui il ricorrente prospetta la lesione come di interesse legittimo di diritto privato (Cass. sez. unite, 24 febbraio 2000, n. 41; id. sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495) ovvero di diritto soggettivo tutelabile dal g.o., collocandosi la presente controversia non già nel rapporto privatistico di lavoro dirigenziale bensì nella presupposta fase di selezione a monte del conferimento dell'incarico.

3.13. D'altronde, a voler estendere il campo di indagine oltre al settore dei concorsi pubblici, è del tutto pacifico come nell'attività dell'Amministrazione di affidamento di forniture di beni e servizi di modesto importo con procedure negoziate semplificate (art. 125 D.lgs. 163/2006) laddove non è imposta l'applicazione di procedure ad evidenza pubblica, siano indefettibili ed immanenti i principi di trasparenza e parità di trattamento (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 16 gennaio 2015, n. 65) la cui violazione, come nessun dubita, determina l'illegittimità del procedimento amministrativo e la lesione di posizioni sostanziali di interesse legittimo nei confronti degli aspiranti al perfezionamento del contratto. E ciò non solo in virtù dell'interesse comunitario che permea la materia dell'affidamento di contratti pubblici, oggetto come noto di puntuali direttive sul versante sostanziale che processuale, bensì ancor prima in applicazione dei principi fondamentali di trasparenza e imparzialità (art. 1 legge 241 del 1990) di chiara matrice costituzionale.

3.14. Alla luce delle suesposte considerazioni ritiene il Collegio di affermare la giurisdizione del g.a. quanto alla domanda di annullamento dei provvedimenti

impugnati, risultando la presente controversia non già attinente ad un rapporto di lavoro privatizzato, peraltro già perfezionatosi il 27 agosto 2014 ed in questa sede parimenti impugnato, bensì alla legittimità di atti amministrativi presupposti inerenti una selezione di tipo concorsuale che si collocano a monte del rapporto stesso.

3.15. Deve invece senz'altro escludersi la giurisdizione dell'adito Tribunale quanto alla contestuale impugnativa del contratto di lavoro dirigenziale sottoscritto l' 1 settembre 2014 tra il Sindaco del Comune di Città di Castello ed il controinteressato dott. Menichetti, vincitore della selezione. Infatti, le controversie inerenti la validità e/o l'efficacia dei contratti, in quanto attinenti a posizioni di diritto soggettivo, rientrano pacificamente nella giurisdizione del giudice ordinario (Cassazione civ. sez. un., 5 aprile 2012, n. 5446; T.A.R. Emilia - Romagna, Parma 19 aprile 2013, n. 160) ad eccezione delle sole controversie sull'inefficacia dei contratti di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, riservate espressamente alla giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133 c. 1, lett e) 1. del cod. proc. amm. per (particolari) ragioni di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale derivanti dalla direttiva "ricorsi" 11 dicembre 2007 n. 2007/66/CE (Cassazione sez. un., 10 febbraio 2010, n. 2906).

Ne consegue dunque la giurisdizione del g.o. limitatamente alla sola concorrente domanda di annullamento del predetto contratto di lavoro dirigenziale, avente ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal contratto.

4. Nel merito, quanto alla domanda di annullamento degli atti amministrativi impugnati, il ricorso è fondato e va accolto.

L'osservanza dei principi di trasparenza, imparzialità e *par condicio* della selezione di che trattasi, avrebbe anzitutto imposto la predeterminazione nell'avviso pubblico dei criteri di valutazione, al fine di delimitare la discrezionalità tecnica della Commissione e garantire una selezione rispondente agli interessi pubblici perseguiti.

Nel caso di specie, invece, l'avviso pubblico si è limitato ad individuare criteri del tutto generici in merito alla valutazione dei *curricula* dei candidati, individuando 4 indefiniti elementi ("Esperienza e capacità professionali e gestionali nell'ambito delle competenze e conoscenze riscontrabili nei servizi e settori analoghi a quelli oggetto del bando", "Attitudini personali con particolare riferimento alla gestione per obiettivi e programmi", "Risultati conseguiti nella propria esperienza professionale, con particolare riferimento alla gestione e realizzazione di obiettivi complessi" "Esperienza in ruoli direttivi di unità organizzative complesse") invero senza affatto stabilire quali sarebbero stati i parametri da osservare per poter accedere al colloquio e valutare i candidati.

Da parte sua la Commissione, all'atto della seduta di insediamento, si è limitata a recepire del tutto acriticamente le suddette quattro voci valutative, stabilendo di assegnare ad ognuna di esse un punteggio massimo di 10 punti e stabilendo altresì di fissare in 28 punti sui 40 disponibili il punteggio minimo per accedere al colloquio, tutto ciò ad intervenuta scadenza dei termini di presentazione delle domande (5 maggio 2014) e a *curricula* dei candidati già pienamente conoscibili, essendosi con determinazione n. 645 del 13 giugno 2014 già aperti i plichi e valutate le domande ai fini dell'ammissione. Infatti, la semplice apertura dei plichi comporta la potenziale conoscenza del contenuto e dunque l'oggettiva possibilità di influenzare la fissazione dei criteri (Consiglio di Stato sez. V, 9 ottobre 2009, n. 6397).

4.1. E'dunque evidente la discrezionalità tecnica pressoché assoluta dell'organo

valutativo, si da minare la trasparenza e l'imparzialità del suo operato, come invece imposto in qualsivoglia procedimento di selezione preordinato alla stipulazione di contratti pubblici, anche a non voler applicare nemmeno per analogia l'art. 12 del d.P.R. n. 487 del 1994 che in materia di concorsi pubblici impone alla Commissione esaminatrice la predeterminazione delle proprie regole di giudizio (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli sez. VI, 15 gennaio 2015, n. 257; T.A.R. Puglia Bari sez. II, 14 novembre 2013, n. 1528; Consiglio di Stato sez. V, 25 maggio 2012, n. 3062.).

La predeterminazione dei criteri di valutazione è invero cogente nella generalità dei procedimenti di tipo concorsuale, quale quello per cui è causa, quale garanzia minima a che la selezione dei candidati abbia carattere trasparente e non trascenda in arbitrarietà, non essendo viceversa possibile ricostruire l'iter logico seguito dalla Commissione per l'attribuzione dei punteggi numerici, così come avvenuto nel caso di specie.

4.2. Tale discrezionalità assoluta dell'organo valutativo risulterebbe compatibile soltanto con una selezione *"intuitu personae"* dell'incarico dirigenziale, come detto non ravvisabile nella fattispecie se non in violazione del principio costituzionale di buon andamento.

4.3. Sono dunque meritevoli di condivisione le censure di violazione dell'art. 97 Cost. e di eccesso di potere, peraltro assorbenti e vizianti l'intero procedimento, di cui al I e III motivo di gravame.

5. Per i suesposti motivi il ricorso quanto alla domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati è fondato e va accolto nei limiti dell'interesse azionato, mentre va dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del g.o. quanto alla sola concorrente domanda di invalidità del contratto di lavoro dirigenziale sottoscritto dal Comune resistente con il controinteressato; quanto alla conseguente *traslatio iudicii*, occorre salvaguardare il principio della salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione nel processo davanti al giudice che ne risulta munito, secondo le disposizioni di cui all'art 11 cod. proc. amm.

Sussistono giusti motivi ai sensi degli artt. 26 cod. proc. amm. e 92 c.p.c. per disporre la compensazione delle spese di lite, attesa sia la complessità delle questioni trattate che la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, come indicato in motivazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- lo accoglie parzialmente, come da motivazione e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;

- dichiara il parziale difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, avanti al quale il gravame dovrà proseguire nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. (*Omissis*)

***

(1-3) La selezione para-concorsuale o comparativa, funzionale al conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni al ruolo, è indispensabile a garantire il principio di distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *La giurisdizione inerente gli incarichi dirigenziali ad esterni* – 3. *La procedura selettiva strumentale alla garanzia del principio di distinzione*.– 4. *La dirigenza esterna degli enti locali nella riforma "Madia": i nodi da sciogliere* de iure condendo.

1. La decisione del TAR Umbria in commento affronta uno snodo problematico di estrema attualità, e propone un percorso argomentativo che, oltre ad apparire parzialmente innovativo, sembra anticipare alcuni temi e problemi che il legislatore delegato – in sede di attuazione della c.d. riforma "Madia" – sarà chiamato a sciogliere. Di qui l'interesse per una disamina della decisione, anche in relazione ad un contesto normativo tutt'altro che stabilizzato, ed in fase di ulteriore evoluzione.

2. Larga parte della decisione è occupata dalle motivazioni con le quali il giudice umbro respinge la preliminare eccezione di giurisdizione sollevata dall'amministrazione resistente; ciò non desta stupore, dal momento che – quanto al conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti cd. "esterni", di cui all'art. 110, comma 1 del TUEL – l'individuazione della giurisdizione competente a conoscere delle relative controversie risulta ancorata a parametri meno consolidati e condivisi, rispetto a quanto maturato con riferimento alle controversie concernenti l'affidamenti di tali incarichi ai dirigenti di ruolo. In questo secondo caso, infatti – a valle di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale[1] – è oramai acquisito l'equilibrio che vede, per un verso, l'esercizio delle prerogative pubblicistiche confinato entro il perimetro della "selezione concorsuale" volta alla selezione dei soggetti destinati ad essere assunti nel ruolo dirigenziale. L'attribuzione degli incarichi dirigenziali (tra i soggetti appartenenti al ruolo) è invece oramai pacificamente riconosciuta quale manifestazione dell'esercizio di un potere privato di organizzazione[2]. Si tratta di un delicato, ma oramai consolidato, equilibrio di fonti regolatrici del rapporto, nel quale prende corpo e si articola il peculiare modello organizzativo italiano (la distinzione tra compiti di indirizzo e compiti di gestione), che trova il suo punto di caduta nel disallineamento tra immissione in ruolo – che accerta e conferisce al dirigente l'astratta idoneità a ricoprire le funzioni dirigenziali – e effettiva attribuzione di tali funzioni, che consegue all'assegnazione dell'incarico, per sua natura limitato nel tempo, legato ad obiettivi specifici, e fonte di una specifica responsabilità di risultato. Un equilibrio che mira a combinare le rigidità e le garanzie connesse al reclutamento mediante concorso pubblico (che prelude all'immissione

[1] Cfr. CORPACI, *Su natura e regime giuridico degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali nel settore pubblico*, in *Dir. merc.lav.*, 2004, 376 ss.; NICOSIA, *Gli atti di incarico dirigenziale tra normativa e applicazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica,* in MERLONI e PIOGGIA (a cura di), *Riforme organizzative e atti amministrativi*, Rimini, 2005, 103 ss.; PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro,* Milano, 2004, 157 ss.

[2] L'equilibrio è stato definito in modo compiuto dalla fondamentale sentenza Cass., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659.

in ruolo), con la maggiore flessibilità organizzativa connessa all'uso di poteri e fonti organizzative di natura negoziale nell'attribuzione degli incarichi, il cui sindacato è rimesso alle tecniche di tutela proprie del giudizio davanti al giudice del lavoro[3]. La duplicità dei momenti in cui si articola il rapporto di lavoro dei dirigenti di ruolo (assunzione e immissione ruolo/gestione del rapporto e assegnazione dell'incarico) trova riscontro nel sistema positivo di riparto dei compiti di tutela in sede giurisdizionale. Le controversie attinenti alle procedure di reclutamento in ruolo (fino all'approvazione della graduatoria degli idonei), restano affidate alla cognizione della giurisdizione generale del giudice amministrativo: il potere dell'amministrazione si estrinseca nelle sue consuete forme pubblicistiche, e si confronta pertanto con situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. Le controversie relative alla gestione del rapporto, ed in particolare quelle connesse alle vicende dell'incarico dirigenziale, sono invece integralmente rette dal diritto privato, e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive (pur variamente declinate nella loro effettiva consistenza) che ivi si confrontano con l'esercizio del potere organizzativo privatistico dell'amministrazione, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario (in funzione di giudice del lavoro).

Come si vede, la presenza di due fasi (immissione in ruolo/attribuzione dell'incarico), agevola e conforma il riparto dei compiti tra i due ordini giurisdizionali, in materia di tutela del rapporto di lavoro del dirigente (di ruolo).

Diversamente, nel caso degli incarichi esterni, non è possibile tenere distinti negli stessi termini questi due elementi/fasi, dal momento che le modalità di individuazione del dirigente (esterno) sono attivate e immediatamente finalizzate all'attribuzione dell'incarico dirigenziale, senza apparente soluzione di continuità. Ciò comporta – a tutta evidenza – una serie di difficoltà oggettive nell'individuazione del giudice competente (e, prima ancora, delle situazioni giuridiche coinvolte e ipoteticamente lese dall'amministrazione in sede di assegnazione dell'incarico).

Infatti, se si muove dalla natura dell'atto alla cui adozione la procedura di scelta è preordinata (l'atto con cui si attribuisce l'incarico dirigenziale[4]), se ne dovrebbe dedurre la conseguente competenza del giudice ordinario. Diversamente, se si muove dalle finalità "selettive" della procedura di scelta, atteso che gli aspiranti risultano (per definizione) estranei al ruolo dirigenziale, tale selezione può essere intesa come funzionale all'accesso ai ranghi dell'amministrazione, retta (di norma) dal principio del concorso.

Per altro, questa alternativa è solo parzialmente appagante, sotto il profilo ricostruttivo. Infatti, essa dà per scontato che l'atto finale privatistico comporti anche l'esercizio di un potere (privatistico) del tutto libero da finalità e vincoli procedurali. Una lettura che conduce, come ancora di recente è avvenuto[5], a rileggere detto potere di scelta in termini di *intuitu personae*, destinato a dare luogo ad un

[3] Sul contributo che la fonte privatistica è suscettibile di apportare in termini di flessibilità organizzativa, si v. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, anche con riferimento al differente approccio in termini di tecniche di tutela del giudice ordinario (in sede di giurisdizione del lavoro) nei confronti dell'esercizio del potere, rispetto a quello proprio e caratteristico del giudice amministrativo.

[4] In questo senso, si deve notare che la recente novella dell'art. 110, comma 1 del Testo unico degli enti locali (d.lgs. 267/2000, di seguito "Tuel") introdotta dall'art. 11, comma 1, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114), ha eliminato la precedente distinzione tra contratti diritto pubblico e contratti di diritto privato finalizzati alla copertura di posti dirigenziali mediante soggetti estranei ai ruoli; pertanto, la disciplina attualmente vigente prevede che l'incarico dirigenziale a soggetti esterni sia attribuito mediante stipula di un contratto di diritto privato.

[5] Cfr. Cass., sez. lav., 13 gennaio 2014, n. 478.

rapporto di carattere *fiduciario* tra nominante e nominato. Tale esito risulta del tutto fallace. Infatti, la natura fiduciaria (o meno) del rapporto non si evince dalla natura dell'atto di incarico, ma dalla tipologia di funzioni che l'organo (da incaricare) è chiamato a svolgere. Come il Tar dell'Umbria mette bene in evidenza (per altro, appoggiandosi su una oramai consolidata giurisprudenza costituzionale[6]), i rapporti di carattere fiduciario si pongono in contrasto con il principio di distinzione (e con la riserva dei compiti di gestione), ed infatti trovano la loro sede fisiologica nei rapporti di diretta collaborazione (supporto all'indirizzo politico), nonché per quelle funzioni di prima "traduzione" dell'indirizzo in macro scelte gestionali (incarichi apicali, con funzioni di coordinamento e attuazione strategica), da cui restano normalmente esclusi i poteri di gestione concreta. D'altra parte (in termini correlativi), che l'atto privato (di incarico) non conformi (di per sé) il rapporto in termini fiduciari è reso evidente dal fatto che mediate atti di questa natura vengono attribuiti (anche) gli incarichi *di gestione* assegnati ai dirigenti di ruolo, per definizione estranei all'area della fiduciarietà.

Anzi, proprio con riferimento alle controversie relative all'attribuzione degli incarichi ai dirigenti di ruolo è venuta progressivamente a maturazione l'esigenza ordinamentale di conformare l'esercizio di questo potere (esercitato in forme privatistiche) alle esigenze della distinzione. Ciò, in particolare, lungo due direttrici. Per un verso, mediante il tentativo di ancorare la scelta del dirigente da incaricare a dati il più possibile oggettivi e riscontrabili (esplicitando preventivamente i criteri cui vincolare la scelta), dall'altro mediante lo stretto collegamento tra la natura e le caratteristiche dell'incarico da assegnare e le attitudini, l'esperienza professionale e le capacità organizzative e manageriali del dirigente prescelto. Da ultimo, tali esigenze si sono tradotte anche nella prima formalizzazione un vero e proprio procedimento di assegnazione dell'incarico, che si articola in una prima fase di pubblicizzazione dei posti da assegnare e dei criteri di scelta, e in una successiva fase di acquisizione delle disponibilità e di loro valutazione[7]. Cosicché, anche con riferimento a questa fase, la flessibilità dello strumento giuridico impiegato viene contemperata e "contenuta" da elementi che si rivelano capaci di limitarne i margini di dispiegamento del potere di scelta: infatti, per questa via, il giudice ordinario vede aumentare la capacità di sindacarne le modalità di esercizio[8].

Tale "contenimento" del potere di scelta (speso in forme privatistiche) nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali, finalizzato ad assicurare la effettiva adeguatezza e rispondenza delle attitudini e delle capacità dirigente prescelto alle oggettive caratteristiche dell'incarico, concorre però anche ad attenuare la "resa" della procedura in termini di fiduciarietà del rapporto: in questo modo, esso risulta coerente con le esigenze della distinzione, nella misura in cui tende a "disinnescare" l'attivazione di un effettivo canale di condizionamento del dirigente stesso[9].

---

[6] Cfr., per tutte, Corte cost. 23 marzo 2007, n. 104 e 5 febbraio 2010, n. 34.

[7] La formalizzazione del procedimento di attribuzione degli incarichi dirigenziali avviene mediante l'introduzione del comma 1*bis* all'art. 19 del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, ad opera dell'art. 40 del d.lgs. 27 ottobre 2010, n. 150.

[8] Come si è potuto sottolineato in dottrina, al crescere della densità degli oneri positivamente imposti all'esercizio del potere, la *tutela* della situazione che fronteggia il potere in forma di *diritto* acquista un rilievo che arriva ad eguagliare, ed in certi casi supera quella accordata dal giudice amministrativo: cfr. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, *cit.*, in part. 125 ss.

[9] Sulla necessità di preservare il dirigente dai canali di condizionamento attivabili in ragione di una eccessiva – perché non adeguatamente regolata – disponibilità del potere di conferimento dell'incarico dirigenziale, sia consentito il rinvio a Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Sant'Ar-

3. Posta entro questa prospettiva, la questione relativa alla cognizione delle controversie concernenti l'attribuzione degli incarichi dirigenziali ad esterni assume contorni diversi, e ci consente di cogliere il carattere innovativo della lettura offerta dal Tar dell'Umbria.

Infatti, la strada battuta dalla giurisprudenza più tradizionale (sebbene, attualmente, minoritaria) per radicare la competenza del giudice amministrativo – nella materia *de qua* – consiste nel considerare come *inderogabile* il principio del concorso pubblico, dal momento che l'assegnazione dell'incarico al soggetto esterno coinciderebbe con l'attivazione (con quest'ultimo) di un rapporto d'impiego[10]. Secondo questa lettura, sarebbe l'attivazione del rapporto d'impiego a rendere necessaria la procedura selettiva pubblicistica.

Nella pronuncia in commento, invece, il Tar radica la propria competenza su un ordine di argomentazioni che fa perno sulla indispensabilità di una procedura selettiva, a prescindere dal fatto che questa assuma o meno i caratteri del concorso pubblico. In questo senso, il giudice esplora coerentemente tutte le alterative che procedono da tale approccio interpretativo.

Secondo l'opzione che il giudice dichiara di preferire, la disciplina di cui all'art. 110 del Tuel, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'atto finale di conferimento dell'incarico, va configurata come "selezione para-concorsuale retta dai principi di trasparenza, imparzialità e par condicio". Ciò perché tale procedura (nella lettura costituzionalmente orientata che ne viene offerta) non viene vista come una deroga alla regola del concorso. Con la conseguenza che, a fronte di una siffatta procedura, i partecipanti alla selezione vantano situazioni giuridiche che non possono che assumere la consistenza degli interessi legittimi, cui segue la ordinaria regola di riparto giurisdizionale.

E tuttavia, il giudice non si preclude di verificare l'ipotesi alternativa, quella per cui l'*indispensabile* selezione dei soggetti (esterni) trovi invece soddisfacimento e realizzazione nella sottoposizione del potere privatistico a modalità procedimentali e ad oneri motivazionali che ne rendano compatibile l'esercizio con i canoni di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.. Tale alternativa non incontra il favore del giudice, dal momento che essa presupporrebbe una vera e propria deroga alla regola del concorso pubblico, e come tale essa gli appare fortemente sospetta di incostituzionalità. Tuttavia, una volta ammessa in via di ipotesi, essa conduce ai medesimi esiti (sempre nella lettura offerta dal giudice amministrativo umbro), proprio in ragione della conformazione del potere in una procedura selettiva tra gli aspiranti all'incarico. Infatti, a fronte dell'esercizio di un potere così conformato, le situazioni soggettive dei soggetti che partecipano alla selezione finiscono per acquisire (di nuovo) la consistenza dell'interesse legittimo: sia perché il giudice respinge la loro configurazione in termini di interessi legittimi di diritto privato; sia perché nega che esse siano qualificabili quali diritti soggettivi tutelabili dall'a.g.o..

Tale ultima conclusione può, in verità, destare alcune perplessità, dal momento che essa pare "forzare" le ricadute, in termini di situazioni soggettive lese, del necessario esperimento della procedura di selezione. Una forzatura che (nelle sue conclusioni, in termini di giurisdizione competente) pare disattendere le disposizioni legislative inerenti il riparto di giurisdizione che – invece, nella materia *de qua* – affidano al giudice amministrativo le sole controversie in materia di proce-

cangelo, 2012, *passim*, ed in part. 269 ss.

[10] Si cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 4 dicembre 2008, n. 1560; TAR Campania – Napoli, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 7887, richiamate in motivazione.

dure concorsuali[11]. Se il presupposto dell'ipotesi al vaglio era quella della deroga alla regola del concorso (ed al netto della sua ammissibilità in termini di principi costituzionali), allora la conclusione avrebbe potuto, ed anzi dovuto essere un'altra: ossia la competenza del giudice ordinario[12]. Un esito che il giudice amministrativo respinge forse perché ritiene tale sede inadatta, dopotutto, alla tutela delle situazioni giuridiche lese in sede di selezione.

Ma, al di là delle conclusioni in tema di riparto, ciò che qui si intende sottolineare è che il percorso argomentativo seguito dal giudice si distingue perché considera in ogni caso indispensabile il previo esperimento di una procedura di selezione, ai fini dell'accesso all'incarico dirigenziale. Di più: la ritiene indispensabile perché funzionale alla realizzazione del principio della distinzione, principio che – per riprendere le parole spese sul punto dal giudice – "non avrebbe alcun significato ove la scelta del dirigente fosse a monte *intuitu persona e*". Si tratta di un passaggio argomentativo importante, nella misura in cui si afferma che una più intensa conformazione del potere di scelta nell'attribuzione dell'incarico dirigenziale costituisce un precipitato del principio di distinzione, *rectius* della sua *effettiva* e *coerente* applicazione. In altri termini, tali conclusioni riconoscono l'emersione ed il consolidamento della dimensione *soggettiva* dell'imparzialità del dirigente, quale fattore che concorre (necessariamente) a conformare gli snodi in cui si svolge la relazione tra organi di indirizzo ed organi di gestione[13], a cominciare dalla fase di attribuzione dell'incarico dirigenziale.

Una volta radicata la propria competenza, il giudice ha poi buon gioco a dimostrare la fondatezza del ricorso, sia in ragione della mancata predeterminazione dei criteri in sede di bando di selezione; sia in ragione della loro integrazione dopo l'apertura dei plichi. Anche in questo caso, il giudice è coerente con l'opzione argomentativa preferenziale: la predeterminazione dei criteri di valutazione è ritenuta tratto tipico e necessitato dei procedimenti di tipo concorsuale – nel cui novero viene ricondotto quello oggetto di controversia – in quanto quale garanzia minima a che la selezione dei candidati abbia carattere *trasparente* e non trascenda in *arbitrarietà*. Tuttavia, anche qui val la pena di notare che la predeterminazione dei criteri costituisce requisito indispensabile di qualsiasi procedimento di selezione che non voglia trascendere nell'arbitrio, anche quando esso non assuma la consistenza di una procedura pubblicistica, ma piuttosto si estrinsechi in un potere

[11] Si fa ovviamente riferimento alla specifica disciplina di riparto delle competenza a conoscere delle controversie in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, come articolata dall'art. 63 del d.lgs. 165/2001.

[12] In questo senso, anche il suggestivo parallelo con le procedure negoziate in forma semplificata per l'assegnazione di contratti di modesto importo, non pare del tutto persuasivo. Infatti, è pur vero che a fronte di procedure di scelta (pure, non ascrivibili all'evidenza pubblica ma) comunque rette dai principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento, la violazione di tali principi "determina l'illegittimità del procedimento amministrativo e la lesione di posizioni sostanziali di interesse legittimo nei confronti degli aspiranti al perfezionamento del contratto". Tuttavia il parallelismo non può giungere a conclusione, perché nel settore che qui ci occupa (diversamente da quanto accade nel settore dei contratti pubblici) opera la specifica clausola di devoluzione al giudice ordinario di "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni", ivi comprese "le controversie concernenti … il conferimento … degli incarichi dirigenziali". Ciò che rende la astratta configurabilità di posizioni di interesse legittimo un presupposto insufficiente a radicare la competenza del giudice amministrativo.

[13] Sul rilievo della dimensione soggettiva dell'imparzialità del dirigente (portato della condizione di indipendenza soggettiva da assicurarsi ad essi nella relazione con gli organi di indirizzo politico), quale elemento indispensabile ai fini della effettiva, coerente attuazione del principio di distinzione, si veda ancora Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, *cit*., in part. 233 ss.

formalmente privato.

Certamente, la diversa natura del potere speso, incide in modo determinante sulle utilità che si possono trarre dai due giudizi chiamati a sindacare il mancato rispetto di tali criteri[14]. E tuttavia, la predeterminazione dei criteri di scelta resta un tratto necessario in entrambi i casi, suscettibile di incidere sulle modalità di esercizio del potere, anche quando questo si atteggi in forma privatistica[15]. Una considerazione che tornerà utile, in termini di prospettiva.

4. Il percorso argomentativo del giudice anticipa, ed avvalora, l'ulteriore evoluzione dell'ordinamento positivo, come delineata nella legge delega n. 124/2015 (cd. legge Madia). In generale, viene confermato (e rafforzato) il *trend* già in atto: nell'intervenire su tutti gli aspetti salienti relativi alle modalità di impiego del potere di conferimento degli incarichi dirigenziali (rapporto tra ruolo ed incarico, durata e revoca dell'incarico, modalità di scelta del dirigente), l'intento della delega pare essere quello di conformare il potere di conferimento dell'incarico, così da ridurre sotto diversi profili il margine di scelta, contribuendo così anche a rafforzare la posizione soggettiva del dirigente incaricato[16]. In particolare, per quanto qui di maggiore interesse, spicca la prevista generalizzazione della "procedura comparativa", ai fini dell'attribuzione dell'incarico dirigenziale, che diviene la norma[17]. A questo si aggiungono ulteriori misure, sia in ordine alla pubblicizzazione dei posti vacanti (e, dunque, degli incarichi da attribuire), sia con riferimento ai vincoli imposti all'organo incaricante in sede di selezione (con il ruolo rilevante giocato dalle Commissioni tecniche per la dirigenza statale, regionale e locale).

Anche con riferimento agli incarichi da assegnare a soggetti esterni, la legge delega prevede come necessaria la selezione comparativa[18]. Tuttavia, molti sono i nodi che restano da sciogliere in sede di decreti legislativi delegati, con particolare riferimento proprio all'ordinamento locale. La decisione in commento, ed il relativo percorso argomentativo, sono utili proprio perché aiutano ad inquadrare le alternative sul tappeto, ed i possibili esiti.

In questo senso, un punto dirimente è rappresentato dalla definizione della quota dei posti dirigenziali che possono essere assegnati a soggetti esterni ai ruoli dirigenziali. Si tenga presente, a questo riguardo, che la riforma Madia, prevedendo l'istituzione di ruoli unici a livello territoriale statale, regionale e locale, amplierà

[14] Cfr. Pioggia, *op. e loc. ult. cit.*.

[15] Cfr. Per questa constatazione e circa i suoi effetti in termini di vincolo all'esercizio di funzioni pubbliche in forma privata, si v., tra gli altri, Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 185.

[16] In questi termini, cfr. Pioggia, *Le procedure per l'affidamento degli incarichi dirigenziali*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2015Treccani*, in corso di pubblicazione, cui si rinvia per una più ampia trattazione delle novità previste nella delega con riferimento alla complessiva disciplina del rapporto dirigenziale.

[17] Cfr. l'art. 10, comma 1, lett. g), che definisce i criteri di delega ai fini della revisione della disciplina in ordine al conferimento degli incarichi dirigenziali, ove si stabilisce il "conferimento degli incarichi a dirigenti di ruolo mediante procedura comparativa con avviso pubblico, sulla base di requisiti e criteri definiti dall'amministrazione in base ai criteri generali", mentre in precedenza la natura "anche comparativa" della selezione era in qualche modo rimessa dalla giurisprudenza alle determinazione dell'amministrazione, in assenza di indicazioni legislative vincolanti.

[18] Il medesimo art. 10, comma 1, lett. g), dispone "per quanto riguarda gli incarichi dirigenziali non assegnati attraverso i concorsi e le procedure di cui alla lettera c) del presente comma, [la] previsione di procedure selettive e comparative, fermi restando i limiti percentuali previsti dall'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, con conseguente eventuale revisione delle analoghe discipline e delle relative percentuali, definite in modo sostenibile per le amministrazioni non statali".

notevolmente il novero degli aspiranti "potenziali" all'assegnazione degli incarichi, sia in termini numerici, sia in ordine alla varietà e qualità delle competenze professionali disponibili. Ciò che, evidentemente, dovrebbe contribuire a contenere in modo significativo la necessità di attingere a professionalità esterne, ferma restando la disponibilità dei dirigenti di ruolo a presentare domanda per i posti che si rendano vacanti.

Tale dinamica assume specifico rilievo proprio con riferimento al livello di governo locale, tradizionalmente caratterizzato da un notevole ricorso a professionalità esterne per la copertura degli incarichi dirigenziali[19]. Ciò che ha portato il legislatore ad attenuare progressivamente i più stringenti vincoli imposti dalla riforma cd. Brunetta[20][21], fino all'ultimo intervento d'urgenza, che – nel consentire il ricorso alla dirigenza esterna entro il limite del 30% dei posti in organico[22] – ha assunto i tratti di una vera e propria "sanatoria"[23]. Una previsione appena mitigata dalla necessità di che il conferimento di detto incarico sia perfezionato previo esperimento di selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico (ma non anche la carenza della relativa professionalità nei ruoli dell'amministrazione). Per altro, proprio l'ampiezza della quota massima di dirigenti esterni così autorizzata dal legislatore ha sollevato i dubbi più rilevanti, in dottrina[24], dal momento che in precedenza, analoghe o anche più contenute percentuali, introdotte da alcuni legislatori regionali, sono state dichiarate incostituzionali, in ragione di una troppo ampia (ed ingiustificata) deroga alla regola del concorso pubblico[25].

---

[19] Si tenga presente che, con riferimento agli anni dal 2010 al 2013, sulla base dei dati ricavabili dal conto annuale elaborato dalla Ragioneria generale dello Stato, i tassi di ricorso alla dirigenza esterna (espressi in percentuale della dirigenza di ruolo) nei comuni i sono attestati rispettivamente al 40% nel 2010, 32% nel 2011, 28% nel 2012, 24% nel 2013 (in *www.contoannuale.tesoro.it*).

[20] Come noto, il d.lgs. 150/2010, con le modifiche apportate all'art. 19, comma 6 del d.lgs. 165/2001 ha ridotto le soglie massime di ricorso alla dirigenza esterna rispettivamente al 10% dei dirigenti di ruolo appartenenti alla prima fascia e all'8% dei dirigenti appartenenti alla seconda fascia. Detta soglia dell'8% è stata ritenuta direttamente applicabile anche agli enti locali dalla Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, con deliberazione dell'8 marzo 2011, n.13/CONTR/11, sulla base della interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale circa la portata dei precetti contenuti nell'art. 19, comma 6 così modificato(cfr. Corte cost. 12 novembre 2010, n. 324). Tale disciplina, anche con riferimento ai limiti percentuali di ricorso alla dirigenza esterna, non concerne né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego né la scelta delle modalità di costituzione di quel rapporto; pertanto, sempre secondo la Consulta, dal momento che il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti estranei ai ruoli dirigenziali si realizza mediante la stipula di un contratto di lavoro di diritto privato, il legislatore statale ha correttamente esercitato la propria potestà legislativa nella materia dell'ordinamento civile.

[21] Già il d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito il l. 26 aprile 2012, n. 44 aveva rivisto al rialzo la soglia dell'8%, in percentuali variabili tra il 10% ed il 20% della dotazione organica della qualifica dirigenziale a tempo indeterminato, a seconda delle dimensioni degli locali interessati.

[22] Il testo dell'art. 110, comma 1 del Tuel, come da ultimo novellato nel 2014, consenteagli enti locali di definire, con atti normativi di autonomia, il ricorso alla dirigenza esterna, fissando una soglia massima del 30% dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica. Sul punto, con riferimento al concorso delle diverse fonti normative locali, si v. Nobile, *Dirigenti a tempo determinato negli enti locali solo per statuto: annotazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione, sez. lavoro, 26.1.2015, n. 849*, in *La gazzetta degli enti locali*, 30.01.2015.

[23] In questi termini, cfr. Olivieri, *Sanati i dirigenti a contratto. La soglia del 30% blinda le irregolarità dei comuni*, in *Italia oggi*, 20.6.2014, p. 52.

[24] Cfr. Oliveri, *Se i fedelissimi di partito diventano dirigenti di enti locali*, in *LaVoce.info*, 7 luglio 2014.

[25] Cfr. le numerose sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato incostituzionali le leggi

Sul punto[26], la legge Madia non appare univoca nelle sue indicazioni. Per un verso, la delega ribadisce e fa propri i limiti già definiti dal legislatore statale nell'art. 19, comma 6 del l.lgs. 165/2001, attualmente vigente, ciò che dovrebbe anche comportare la "conseguente eventuale revisione delle analoghe discipline e delle relative percentuali" (proprio come nel caso degli enti locali). Tuttavia, il medesimo criterio di delega lascia aperto un significativo spiraglio anche per la fissazione di una soglia differenziata (rispetto a quella statale) e più elevata, dal momento che tali percentuali debbono essere "definite in modo sostenibile per le amministrazioni non statali". Insomma, è evidente la preoccupazione che la fissazione di limiti troppo stringenti potrebbe rivelarsi "non sostenibile" per gli enti locali, tenuto conto della prassi più recente (attestatasi su livelli di ricorso alla dirigenza esterna molto più elevati).

Tali preoccupazioni possono essere ritenute condivisibili, ovvero valutate come meramente strumentali rispetto all'obiettivo di mantenere più ampi margini per attingere i dirigenti dall'esterno. Più interessante, in questa sede, è invece verificare in che termini gli spazi di scelta a disposizione del legislatore delegato possono essere conformati in modo tale da risultare coerenti con i requisiti del principio di distinzione (oltre che i vincoli costituzionali, e i criteri della delega), alla luce delle indicazioni che si ricavano dalla pronuncia in commento. Come si evince dal testo dell'art. 97 Cost. ("Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge"), e come abbondantemente ribadito e precisato dalla giurisprudenza costituzionale (richiamata, per altro, nel testo della decisione in commento), le deroghe alla regola dell'accesso mediante concorso pubblico non sono radicalmente precluse, ma piuttosto risultano ammissibili solo se contenute entro limiti percentuali rigorosi, e sottoposte stringenti criteri di giustificazione (in sostanza, quando la deroga è essa stessa funzionale e strettamente indispensabile al perseguimento del buon andamento della p.a.).

Entro questi termini (ricorso a dirigenti esterni in percentuali estremamente ridotte, previo accertamento della effettiva carenza delle professionalità richieste all'interno dei ruoli della p.a.), ben potrebbe ammettersi il ricorso a procedure di selezione comparativa integralmente disciplinate dal diritto privato, nella misura in cui la definizione e la conformazione e la scansione procedimentale e l'onere motivazionale fossero tali da consentire un efficace sindacato sull'esercizio del po-

---

regionali che hanno fissato quote significative di ricorso alla dirigenza esterna (oltre il livello individuato dal legislatore statale), per violazione del principio dell'accesso mediante concorso. In particolare, si veda Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 9: "L'art. 24, comma 2, della legge regionale Piemonte n. 23 del 2008 contrasta con l'art. 97, terzo comma, della Costituzione. Tale disposizione, infatti, oltre a prevedere assunzioni a tempo determinato, con contratto che può avere una durata massima di cinque anni e che è rinnovabile senza alcun limite, e a non richiedere la ricorrenza di alcun presupposto oggettivo perché un incarico di direttore regionale sia affidato ad un soggetto esterno piuttosto che ad un dirigente appartenente ai ruoli dell'amministrazione, contempla una deroga al principio del concorso pubblico di notevole consistenza (30 per cento dei posti di direttore regionale). Il fatto che tale deroga non sia circoscritta a casi nei quali ricorrano specifiche esigenze di interesse pubblico, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte e come stabilito da altre analoghe disposizioni rinvenibili sia nell'ordinamento statale (art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001, che richiede che la professionalità vantata dal soggetto esterno non sia rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione), sia in alcuni di quelli regionali [art. 22, comma 1, della legge della regione Abruzzo 14 settembre 1999, n. 77 (Norme in materia di organizzazione e rapporti di lavoro della Regione Abruzzo); art. 28, comma 3-bis, legge della Regione Marche 15 ottobre 2001, n. 20 (Norme in materia di organizzazione e di personale della Regione)], comporta la dichiarazione di illegittimità dell'art. 24, comma 2, legge regionale Piemonte n. 23 del 2008, per violazione dell'art. 97 della Costituzione".

[26] Cfr. sempre il testo dell'art. 10, comma 1, lett. g) della l. 124/2010, già più volte richiamato.

tere di scelta da parte del giudice ordinario. Insomma: qualora fosse garantito un procedimento di selezione (sebbene retto dal diritto privato).

Viceversa, qualora il ricorso a soggetti esterni fosse ammesso entro limiti percentuali più elevati, ovvero anche a prescindere dalla previa verifica della disponibilità delle professionalità richieste entro i ruoli dell'amministrazione, la deroga al concorso pubblico risulterebbe ingiustificata. In tal caso, la fase selettiva, per essere costituzionalmente compatibile, dovrebbe necessariamente assumere i connotati della procedura concorsuale (o para-concorsuale, per usare i termini del giudice umbro), con ciò che ne consegue in termini di situazioni soggettive attivate e (potenzialmente) lese, e di giurisdizione competente sulle relative controversie. In entrambi i casi, ne risulterebbe salvaguardato (nella sostanza) il principio di distinzione (per effetto dell'esperimento di una effettiva procedura di selezione comparativa), e la linea di discrimine (in ordine al regime applicabile, ed al giudice competente) correrebbe lungo il crinale dei margini entro cui risulta ammissibile l'immissione di personale chiamato ad esercitare funzioni dirigenziali, a tempo determinato, in deroga al principio (ed alle forme) del concorso pubblico. Non resta, dunque, che attendere per verificare quale strada sarà effettivamente percorsa dal legislatore delegato.

BENEDETTO PONTI

DOTTRINA

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI FAMILIARI PROVENIENTI DAI PAESI TERZI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. *La giurisprudenza Zambrano e le sentenze successive sulla libertà di circolazione dei familiari cittadini di paesi terzi* – 2. *Argomenti interpretativi della Corte* – 3. *L'effetto utile* – 4. *Principi costituzionali* – 5. *Differenze nelle sentenze e contesto dell'interpretazione giudiziale* – 6. *Il ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione del diritto comunitario*

1. *La giurisprudenza Zambrano e le sentenze successive sulla libertà di circolazione dei familiari cittadini di paesi terzi.*

Lo status di cittadino dell'Unione Europea comprende il diritto costituzionale alla circolazione e allo stabilimento all'interno del territorio comunitario (principalmente v. artt. 3, paragrafo 2; 20; 21, TUE; preambolo e art. 45 Carta dei diritti fondamentali).

La direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, richiama a tale proposito "il diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal trattato e le disposizioni adottate in applicazione dello stesso" ("considerando" n. 1 della direttiva).

Tale diritto si estende anche ai familiari del cittadino comunitario (v. l'art. 3 e l'art. 16, paragrafo 2), dove per familiari si intendono, a norma dell'art. 2 della direttiva: a) il coniuge; b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro; c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner; d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner.

L'interpretazione giurisprudenziale degli ultimi anni ha messo in luce i problemi che derivano dall'applicazione della normativa in parola ai familiari di cittadini comunitari, quando detti familiari a loro volta non hanno la cittadinanza di uno Stato membro.

In questi casi, la giurisprudenza comunitaria ha evidenziato che il cittadino proveniente da un paese terzo non ha un diritto autonomo alla libera circolazione

(sentenza nel caso *Iida*, punto 66) [1]. Tale libertà, pertanto, va riconosciuta a detti familiari quando ricorrano le ipotesi di cui alla direttiva 2004/38/CE o quando comunque esista altro elemento di connessione con le disposizioni comunitarie in materia di cittadinanza (v. punto 82).

Si tratta quindi di un "diritto derivato" (*Iida*, punto 67; v. anche la sentenza *Dereci* [2], punto 55) che è riconosciuto ai cittadini non comunitari per evitare ostacoli alla libera circolazione del cittadino comunitario che lo possano dissuadere dall'esercizio dei suoi diritti (*Iida*, punto 68).

Una questione molto importante è se possano invocare la libera circolazione dei familiari anche i cittadini che non hanno esercitato il diritto alla mobilità transfrontaliera. Ciò dato che l'art. 3, paragrafo 1, della direttiva identifica come titolare del diritto "qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza".

Una giurisprudenza particolarmente importante con riferimento al tema è appresentata dalla sentenza nella causa Ruiz Zambrano del 2011 [3].

L'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, nelle sue conclusioni [4], osserva come in alcune importanti sentenze della Corte di giustizia la libera circolazione dei cittadini comunitari è stata riconosciuta a prescindere dalla effettiva mobilità intraeuropea. L'Avvocato Generale cita, a riguardo, sentenze come *Garcia Avello* [5], *Zhu e Chen* [6] e *Rottmann* [7].

Come affermato da un altro Avvocato Generale, Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer, infatti, non si potrebbe limitare il riconoscimento del diritto soltanto "ai casi in cui sia stata esercitata la libera circolazione, in quanto comprende altresì le ipotesi in cui l'esercizio di tale libertà venga impedito o scoraggiato, nel caso, per esempio, di sussidi destinati alla formazione in altri Stati membri, nei quali si evidenzia l'imprescindibile collegamento con il diritto comunitario" [8].

Nella sentenza Ruiz Zambrano la questione pregiudiziale si riferiva alla possibilità di invocare detto diritto da parte di un genitore (non comunitario) di un cittadino di uno Stato membro. In quella occasione la direttiva 2004/38/CE non avrebbe potuto a rigore applicarsi, in quanto la fattispecie era carente dei presupposti previsti dalla normativa: da una parte il minore non doveva spostarsi da uno Stato comunitario ad un altro; d'altra parte la definizione di familiare non include quello del membro della famiglia che si prende cura del cittadino comunitario (v. il citato art. 2).

Comunque la Corte di giustizia osserva che la protezione del diritto alla libera circolazione, riconosciuto dagli articoli 20 e 21 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito "TFUE"), impone di eliminare ogni ostacolo al libero esercizio di detto diritto.

In Ruiz Zambrano il diniego al permesso di residenza del genitore metterebbe il minore "nell'impossibilità di godere realmente dei diritti attribuiti dallo status di

---

1 Corte di giustizia, sent. 8 novembre 2012, C 40-11, *Iida*, ancora non pubblicata.

2 Corte di giustizia, sent. 15 novembre 2011, C-256-11, *Dereci e altri*, ancora non pubblicata.

3 Corte di giustizia, sent. 8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Racc. 2011 p. I-1177.

4 Conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston presentate il 30 settembre 2010, punto 77.

5 Corte di giustizia, sent. 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, Racc. 2003 p. I-11613.

6 Corte di giustizia, sent. 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen, Racc. 2004 p. I-9925*.

7 Corte di giustizia, sent. 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, Racc. 2010 p. I-1449.

8 Come afferma l'Avvocato generale Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer del 20 marzo 2007, nelle cause riunite C−11/06 e C−12/06, *Rhiannon Morgan/Bezirksregierung Köln* e *Iris Bucher/Landrat des Kreises Dürena*, punto 87.

cittadino dell'Unione." (*Ruiz Zambrano*, punto 44), obbligandolo ad abbandonare il territorio dell'Unione, in modo da seguire le persone che ne hanno la cura.

Come si è detto, la "dottrina Zambrano" costituisce negli ultimi anni il più importante "punto di apertura" riguardo al tema della circolazione dei familiari cittadini di uno Stato terzo [9].

Però, dopo un paio di mesi dalla sentenza nella causa *Ruiz Zambrano*, la Corte di giustizia ha adottato la sentenza nella causa *Mc Carthy* [10], riguardante la stessa materia ma giungendo a conclusioni apparentemente diverse.

Nella causa in parola, la Corte di Lussemburgo afferma che la Signora Mc Carthy, cittadina del Regno Unito e della Repubblica di Irlanda, non poteva, in applicazione della direttiva 2004/38/CE, richiedere il permesso di soggiorno permanente per il suo coniuge, cittadino giamaicano.

Ciò in quanto la signora non aveva esercitato il suo diritto alla libera circolazione recandosi in altro Stato membro (v. i punti da 30 a 43 della sentenza).

Contrariamente a quello che era accaduto nella causa Zambrano "la misura nazionale in questione nell[a] (…) causa principale non ha come conseguenza che la sig.ra McCarthy si vedrà obbligata a lasciare il territorio dell'Unione. " (sentenza Mc Carthy, punto 50), con ciò compromettendo il nucleo essenziale di diritti derivanti dalla cittadinanza comunitaria.

In altre sentenze si possono osservare ulteriori ipotesi in cui il diniego del permesso di soggiorno ad un familiare non è ritenuto pregiudicare l'esercizio dei diritti del cittadino comunitario.

Così, non si ritiene sufficiente che il cittadino comunitario consideri solo desiderabile, per ragioni economiche o di unità familiare, che il membro della famiglia rimanga nel territorio dell'Unione Europea (v. la sentenza *Dereci*, già citata e la giurisprudenza *Ymerg*a dell'8 maggio 2013 [11]).

Inoltre, la giurisprudenza attuale precisa che tale diritto non potrebbe applicarsi automaticamente in modo "transitivo" e cioè nel caso in cui il cittadino non comunitario, che richieda il permesso di residenza, sia coniuge del genitore (anch'egli non comunitario) di figli minori con la cittadinanza di un Paese dell'Unione. La regola è rinvenibile in *O. e S*[12] del dicembre del 2012.

La giurisprudenza ha evidenziato che il diritto derivato dei familiari di paesi terzi si applica non solo quando il cittadino comunitario si sposta in altro Stato diverso da quello di cui possiede la cittadinanza, ma anche quando il cittadino dell'Unione, stabilito in altro paese comunitario, torna in quello di cui è cittadino.

Infatti come afferma la Commissione nella causa *Singh* [13] "il cittadino di uno Stato membro che torni a stabilirsi in tale Stato dopo aver esercitato un'attività economica in un altro Stato membro si trova in una situazione analoga a quella del cittadino di un altro Stato membro che venga a stabilirsi nel suddetto paese." (*Singh* , punto 13).

La citata sentenza *O. e B.*, quando deve stabilire come trattare i periodi di soggiorno di un familiare di un paese terzo, afferma che "in una situazione in cui un

---

[9] C. Pizzolo, *The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU*, in R. Arnold, V. Colcelli, *Private law instruments as way of EU regional integration*, Universitaetsverlag Regensburg, Regensburg, 2015, in corso di pubblicazione.

[10] Corte di giustizia, sent. 5 maggio 2011, C-434/09, *McCarthy*, Racc. 2011 p. I-3375.

[11] Corte di giustizia, sent. 8 maggio 2013, C-244/13, *Ymerga*, ancora non pubblicata, punto 39.

[12] Corte di giustizia, sent. 6 de diciembre de 2012, C-356/11 y C-357/11, O. y S., ancora non pubblicata.

[13] Corte di giustizia, sent. 7 luglio 1992, C-370/90, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh ex parte Secretary of State for the Home Department*, Racc. 1992 p. I-4265

cittadino dell'Unione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di un paese terzo nel corso di un soggiorno effettivo, ai sensi e nel rispetto delle condizioni enunciate agli articoli 7, paragrafi 1 e 2, o 16, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza, le disposizioni della medesima direttiva si applicano per analogia quando detto cittadino dell'Unione ritorni, con il familiare interessato, nel proprio Stato membro d'origine" (*O. e B.*, punto 61).

In un altro caso *McCarthy* del 2014 [14] (senza in realtà connessioni con quello del 2011 sopra citato) la Corte di Giustizia ha affermato il diritto del signor Mc Carthy (cittadino inglese residente in Spagna) di essere accompagnato nei suoi soggiorni nel Regno Unito dal coniuge di nazionalità di un paese terzo, munita di permesso di residenza rilasciato dal Regno di Spagna, senza che le autorità inglesi potessero imporre un ulteriore permesso. La direttiva 2004/38/CE si applica ai signori Mc Carthy in quanto il marito, cittadino comunitario, ha esercitato il suo diritto alla circolazione e quindi tale diritto si applica anche per tornare nello Stato di cittadinanza (punti 36-37).

Come sottolinea l'Avvocato Generale in questo secondo caso *Mc Carthy* [15], peraltro, "la direttiva 2004/38/CE muove dall'ipotesi secondo cui, per spostarsi all'interno dell'Unione, il cittadino dell'Unione andrebbe sempre dallo Stato membro del quale possiede la cittadinanza verso un altro Stato membro, mentre ciò non avviene sempre, come illustrano i summenzionati esempi. A mio avviso, non sarebbe neanche adeguato alla realtà attuale della cittadinanza dell'Unione elencare in maniera esaustiva le diverse direzioni in cui i cittadini dell'Unione si spostano all'interno della stessa. Il legislatore dell'Unione – così mi sembra – non ha inteso introdurre un numero limitato di ipotesi di spostamento (*numerus clausus*), in modo da escludere quelle effettuate fra lo Stato membro ospitante e quello del quale un cittadino dell'Unione ha la cittadinanza." (punto 74).

Oltre al diritto derivato di circolazione i familiari del cittadino comunitario acquisiscono, dopo una convivenza di 5 anni, il permesso di soggiorno permanente, previsto dall'art. 16, comma 2, direttiva 2004/38/CE.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia afferma che i familiari del cittadino comunitario adempiono alla citata disposizione quando hanno risieduto con il loro congiunto nel quinquennio [16] o comunque quando sussisteva un legame familiare come il matrimonio, anche nel caso di una separazione di fatto [17].

In coerenza con quanto detto sopra nella causa *O. e B.* [18], la Corte riconosce che il periodo valido per acquisire il permesso di soggiorno comprende anche quello in cui il cittadino comunitario ritorna nel suo Paese di origine (*O. e B.*, punto 61).

14 Corte di giustizia, sent. del 18 dicembre 2014, C-202/13, McCarthy e altri, ancora non pubblicata.

15 Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate il 20 maggio 2014.

16 Corte di giustizia, sent. 8 maggio 2013, C-529/11, *Alarape y Tijani*, ancora non pubblicata, punto 34.

17 Corte di giustizia, sent. 10 luglio 2014, C-244/13, *Ogieriakhi*, ancora non pubblicata.

18 Corte di giustizia, sent. 12 marzo 2014, C-456/12, *O. y B.,* ancora non pubblicata.

2. *Argomenti interpretativi della Corte*

Il tema della libertà movimento dei familiare provenienti da un paese terzo, oltre ad avere una rilevanza di per sé, fornisce una interessante prospettiva per osservare come la Corte di giustizia svolge la sua attività interpretativa.

Soprattutto la sentenza *Ruiz Zambrano*, e la giurisprudenza che ne è derivata, rappresenta un importante punto di riferimento nei più recenti studi sull'interpretazione del giudice comunitario[19].

L'integrazione giuridica europea deve molto al lavoro interpretativo della Corte di giustizia, che durante più di 60 anni ha sviluppato un suo particolare approccio interpretativo[20].

In un primo momento, analizzando la giurisprudenza citata nel paragrafo precedente, la peculiarità dell'interpretazione della Corte non sembra così evidente.

In effetti, come la maggior parte dei giudici nazionali di tradizione giuridica dell'Europa continentale, il giudice comunitario appare utilizzare i classici metodi di interpretazione.

L'omaggio alla tradizione ermeneutica si può soprattutto osservare nella sentenza *McCarthy* del 2011, nella quale si afferma l'utilizzo dell'interpretazione letterale, sistematica e teleologica per escludere l'applicazione della direttiva 2004/38/CE al marito della cittadina comunitaria, che non abbia mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, avendo sempre soggiornato nello Stato membro di cui possiede la nazionalità.

Infatti, applicando l'argomento letterale ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/38/CE, questa deve applicarsi soltanto al cittadino dell'Unione che "si rechi" o soggiorni in uno Stato membro "diverso" da quello di cui ha la cittadinanza (Mc Carthy, punto 32).

Secondo la Corte di Giustizia, anche il sistema delle disposizioni nella direttiva supporta la sua tesi (v. paragrafi 36 ss. *Mc Carthy*): l'articolo 1, lettera a), della direttiva definisce il suo oggetto con riferimento all'esercizio "del" diritto "alla libertà di circolazione e di soggiorno" dei cittadini dell'Unione nel territorio degli Stati membri; il rapporto tra la residenza e la libera circolazione risulta sia dal titolo della direttiva, sia dalla maggior parte del suo preambolo; il diritto di soggiorno di cui agli articoli 6, 7 e 16 della direttiva 2004/38/CE riguarda il soggiorno di un cittadino dell'Unione in un altro Stato membro.

Detta interpretazione sembra poi coerente con la finalità della direttiva che è si quella di "agevolare l'esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" (*McCarthy* 2011, punto 28), ma comunque fissando i termini e le condizioni per l'esercizio della libertà di circolazione (*McCarthy* 2011, punto 33).

L'approccio espresso in *Mc Carthy* è confermato anche nella giurisprudenza *Dereci* (paragrafo 54 e seguenti;. Vedi anche O. e B., comma 37 e segg.), che, come scrive l'Avvocato generale nelle sue conclusioni in *O. e S.,* ha realizzato una inter-

[19] Tra gli altri Dawson, *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 3, maggio 2014, 423-435; Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012; Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

[20] Si tratta di un approccio che costituisce un riferimento anche nella giurisprudenza di altre corti regionali, come quelle dell'America Latina. Si permetta a riguardo il rinvio a Cippitani, *La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integracion regional*, in *Diritto e processo*, 2011, 67-99.

pretazione particolarmente rigorosa dei criteri stabiliti in *Ruiz Zambrano*.

In altre sentenze si sottolinea, in più, che non è sufficiente la pura interpretazione letterale.

Un esempio è la sentenza *Ogierakhi*, nella quale la Corte ritiene che se "l'articolo 16, paragrafo 2, della suddetta direttiva fosse oggetto di un'interpretazione letterale, il cittadino del paese terzo potrebbe essere reso vulnerabile da provvedimenti unilaterali adottati dal suo coniuge, il che sarebbe in contrasto con la ratio della direttiva in esame" (*Ogierakhi,* punto 40).

Lo spirito della direttiva, secondo la Corte, è espressa dal 15° "considerando" della direttiva, che prevede la "tutelare giuridicamente i familiari in caso di decesso del cittadino dell'Unione, di divorzio, di annullamento del matrimonio o di cessazione di una unione registrata" (vedi anche la disciplina di cui all'articolo 13 della direttiva, "Mantenimento del diritto di soggiorno dei familiari in caso di divorzio, di annullamento del matrimonio o di scioglimento dell'unione registrata").

Alla fine, l'interpretazione della Corte non può basarsi esclusivamente sulla lettera della legge. In realtà esse è sempre legata a raggiungere un fine.

La finalità va considerata come inizio e come risultato dell'attività interpretativa. Per esempio: "La finalità e la ratio di tali diritti derivati, segnatamente i diritti di ingresso e di soggiorno dei familiari di un cittadino dell'Unione, si basano sulla constatazione che negare il loro riconoscimento può pregiudicare la libertà di circolazione del cittadino di cui trattasi, dissuadendolo dall'esercitare i propri diritti di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante" (*Alokpa* [21], punto 22; vedi anche *Ymeraga*, punto 35; *Iida*, punti 67 e 68).

Gli argomenti della giurisprudenza che si sta studiando sono perfettamente coerenti con l'approccio della Corte di Giustizia nella interpretazione del diritto comunitario.

La Corte più in generale, quando interpreta, afferma di utilizzare gli strumenti interpretativi ordinari [22], ovvero quelli della tradizione positivista dell'Europa continentale.

Da questo punto di vista, i giudici dovrebbero solo derivare le regole da un sistema legale chiuso e completo stabilito dal legislatore nazionale. È quanto fa l'articolo 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano che rappresenta l'interpretazione come un processo lineare e quasi algoritmico che inizia e si basa su una interpretazione letterale del testo [23].

Il giudice può considerare ulteriori argomenti (come lo scopo della legge o principi generali) solo se l'interpretazione letterale non è sufficiente a regolare un caso specifico.

Ma la Corte di giustizia, come detto, nonostante riferimento a vari argomenti interpretativi (la lettera, lo scopo della legge, l'interpretazione sistematica), li utilizza in maniera cumulativa e non in modo sequenziale come al contrario si verificherebbe nella tradizione dell'ermeneutica giuridica [24].

Inoltre, nella giurisprudenza del giudice comunitario l'interpretazione si realiz-

---

[21] Corte di giustizia, sent. 10 de octubre de 2013, C 86/12, *Alokpa*, ancora non pubblicata.

[22] Per esempio v. Corte di giustizia sent. 5 marzo 1996, *C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland e The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e altri*, Racc. 1996, I-1029.

[23] Sacco, *Introduzione al diritto comparato,* Torino, 1980, 224 ; Angelasco, Demogue, *La technique législative en matière de codification Civil. Étude de droit comparé, Boccard*, Paris, 1930.

[24] Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, cit., v. soprattutto cap. 9.

za sempre per raggiungere uno scopo [25].

Pertanto, contrariamente a quanto accade nei codici civili nazionali, l'interpretazione teleologica non è solo un momento eventuale, ma necessario nel processo di attribuzione del senso giuridico a una disposizione. Lo scopo è il punto di partenza del processo interpretativo e interessa tutta la comprensione dei testi legali [26].

3. *L'effetto utile*

L'approccio finalista della giurisprudenza comunitaria si esprime attraverso uno strumento caratteristico della Corte di giustizia e si incontra anche nelle decisioni degli altri organi giudiziali transnazionali [27]: la ricerca dell' "effetto utile" del diritto comunitario, che è considerato come un "corollario" dell'interpretazione teleologica[28].

Come si è efficacemente detto, la Corte di giustizia ha posto l'approccio teleologico, insieme al principio dell'effetto utile, alla base della "infrastruttura del metodo ermeneutico comunitario" [29].

Per la dottrina, l'effetto utile significa "scegliere tra varie soluzioni possibili secondo i termini del trattato nel loro contesto, quello che meglio serve la soddisfazione del suo oggetto e lo scopo" [30].

A parere della Corte del Lussemburgo, il principio dell'effetto utile serve per raggiungere gli obiettivi dei Trattati costituzionali e, di conseguenza, per garantire il funzionamento dell'Unione [31].

L'effetto utile conduce ad applicare in modo più ampio possibile le norme che regolano le situazioni giuridiche soggettive di origine transnazionale, come libera circolazione delle persone [32]; d'altra parte per raggiungere gli obiettivi del diritto comunitario, si devono interpretare in maniera restrittiva le norme che limitano o derogano a dette situazioni giuridiche [33].

Tutta la giurisprudenza che si sta analizzando utilizza argomenti connessi all'effetto utile.

Come si è detto, la sentenza *Ruiz Zambrano* e le altre fondano la loro argomentazione sulla necessità di assicurare il godimento effettivo dei diritti di cittadino

---

[25] Trib. primo grado, sent. 11 dicembre 2003, *Conserve Italia / Comisión*, T-305/00, Racc. 2003, II-5663.

[26] Sulla prospettiva teleologica dell'interpretazione del giudice comunitario v., per esempio, Joussen, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Rivista critica di diritto priv*ato, 2001, 499 ss.

[27] Si permetta il riferimento a Cippitani, *Interpretación de las Cortes regionales*, in Álvarez Ledesma, Cippitani (a cura di), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, 312-325; Id., *El «Derecho de la integración» en la jurisprudencia de las Cortes de Latinamérica*, in Pampillo Baliño (a cura di), *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica*, Editorial Porrua, México, 523-548.

[28] Quadros, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Almedina, Lisbona, 1984, 427.

[29] Pampillo Baliño, *Historia general del derecho*, Oxford University Press, Oxford-Ciudad de Mexico, 2008, 353.

[30] Remiro Brotons, *Derecho internacional Público*, Tecnos, Madrid, vol. 2, 313.

[31] V. per esempio Corte di giustizia, sent. 4 ottobre 2001, C-403/99, *Italia/ Commissione*, Racc. 2001, I-6883; Id., sent. 13 febbraio 1969, 14/68, *Walt Wilhelm y otr./ Bubdeskartellamt*, Racc. 1969, 1.

[32] Corte di giustizia, sent. 20 febbraio 1997, C-344/95, *Comissione/ Be*lgio, Racc. 1997, I-1035, punti 14-18, 34.

[33] Trib. primo grado, sent. 8 ottobre 1996, T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritime belge transports e altri/ Comissione*, Racc. 1996, II-1201, punti 48-49.

dell'Unione da parte del minore.

In questo contesto, la sentenza *Ruiz Zambrano* può affermare che l'articolo 20 TFUE "osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione" (*Ruiz Zambrano*, punto 42).

Come anche affermato in altre sentenze, richiamate dallo stessa giurisprudenza *Zambrano*, il diniego di residenza ai genitori di cittadini comunitari minori di età ha l'effetto di compromettere l'effettivo godimento dei diritti riconosciuto ai minori dal legislatore comunitario (*Baumbast*, punto 71) [34].

Infatti, le sentenze *Zambrano* e *Chen Zhu* [35] non si limitano ad applicare la libertà di movimento al familiare che è a carico del cittadino comunitario, ma anche nel caso contrario in cui è il cittadino di un paese terzo che mantiene il cittadino dell'Unione.

Secondo la Corte di giustizia "È chiaro, infatti, che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un bimbo in tenera età implica necessariamente che tale bimbo abbia il diritto di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che tale persona possa con lui risiedere nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno." (*Zhu e Chen*, punto 45).

La necessità di assicurare l'effetto utile impone di non interpretare le norme comunitarie in senso restrittivo (*Baumbast*, punto 74; cfr. anche *Chakroun* [36], punto 43).

L'incompatibilità tra l'effetto utile e un'interpretazione restrittiva può essere osservato in *Ogieriakhi*, dove l'effetto utile contrasta con la pura interpretazione letterale, che si tradurrebbe in un'applicazione restrittiva della direttiva 2004/38/CE.

Le sentenze successive a Zambrano confermano l'obiettivo di assicurare l'effetto utile alla circolazione, eliminando le circostanze di fatto che limitano la libertà di circolazione del cittadino comunitario, tra le quali appunto il diniego del permesso in favore del familiare extracomunitario (*O. y S.*, punto 48; v. *Dereci*, punto 68), in quanto "come conseguenza di un siffatto diniego, tale cittadino si trovasse obbligato, di fatto, a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme, venendo così privato del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione" (*Alokpa*, punto 32).

Ma la conferma del principio sostenuto in *Zambrano* avviene fanno in modo negativo, nel senso che la necessità di raggiungere l'effetto utile, si sostiene, non si verifica nella situazione specifica presa in esame da dette sentenze.

La giurisprudenza McCarthy del 2011 ricorda (punto 52 e 53) che le decisioni sulla questione del cognome (v. la citata sentenza *Avello* e anche la sentenza *Grukin e Paul* [37]) invocano l'applicazione del diritto alla libera circolazione in presenza di misure nazionali (come ad esempio le norme relative attribuzione del cognome) che costituiscono un ostacolo al movimento a la libera circolazione.

In conseguenza, afferma la prima sentenza *McCarthy*, "l'art. 21 TFUE non è applicabile ad un cittadino dell'Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possegga, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro, purché la situazione di tale cittadino non comporti l'applicazione di

[34] Corte di giustizia, sent. 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast e R.*, Racc. 2002, I-7091.

[35] Corte di giustizia, sent. 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*, Racc. 2004, I-9925.

[36] Corte di giustizia, sent. 4 marzo 2010, C-578/08, *Chakroun*, Racc. 2010, I-1839.

[37] Corte di giustizia, sent. 14 ottobre de 2009, C−353/06, *Grunkin y Paul*, Racc. 2009, I−7639.

misure di uno Stato membro che abbiano l'effetto di privare costui del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione ovvero l'effetto di ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri". (*McCarthy* del 2011, punto 56).

Al contrario, la situazione in *Ruiz Zambrano* presentava un carattere considerato molto specifico (*Dereci*, punto 67), o eccezionale (*O. e S.*, punto 48).

4. *Principi costituzionali*

Come accennato nel paragrafo precedente, la Corte di giustizia tenta di stabilire l'effetto utile non solo delle disposizioni applicabili alla materia in modo specificato, come le direttive in materia di libera circolazione, ma anche del sistema giuridico comunitario nel suo complesso.

Un'altra caratteristica della giurisprudenza comunitaria è che applica direttamente le norme costituzionali come quelle del Trattato di Funzionamento che riconoscono le libertà comunitarie (articoli 20 e 21 del TFUE).

Inoltre, nelle sentenze esaminate si tiene conto anche di altri principi generali del diritto comunitario, vale a dire i diritti fondamentali previsti dalla Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Quest'ultimo strumento giuridico regionale oggi è parte del sistema dell'Unione, sulla base dell'articolo 6 del trattato sull'Unione Europea in seguito alle modifiche introdotte dal trattato di Lisbona.

In particolare, una parte della giurisprudenza afferma la necessità di tutelare il diritto fondamentale al rispetto della "vita privata e familiare".

Infatti l'effetto utile deve soddisfare l' "esigenza del rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della CEDU, rispetto che fa parte dei diritti fondamentali i quali, secondo costante giurisprudenza, sono riconosciuti dal diritto comunitario" (*Baumbast*, punto 72).

L'Avvocato generale del caso *Ruiz Zambrano* nelle sue conclusioni ha ricordato che la Corte di giustizia lo riconosca come un diritto fondamentale dell'ordinamento comunitario, in particolare facendo riferimento alla sentenza nel caso *Carpenter*[38].

Il diritto alla vita familiare si elabora a partire della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella sentenza *Boultif* [39] la Corte di Strasburgo ha ritenuto che un provvedimento di espulsione di una persona da un Paese in cui vivono i propri familiari comporta una violazione del diritto al rispetto della vita familiare.

La sentenza *Carpenter*, dunque, afferma che "È pacifico che a separazione dei coniugi Carpenter nuocerebbe alla loro vita familiare e, conseguentemente, alle condizioni di esercizio di una libertà fondamentale da parte del sig. Carpenter. Infatti, tale libertà non potrebbe esplicare pienamente i suoi effetti se il sig. Carpenter fosse dissuaso dall'esercitarla a causa degli ostacoli frapposti, nel suo paese di origine, all'ingresso e al soggiorno di sua moglie" (*Carpenter*, punto 39).

Infatti, "La decisione di espellere la sig.ra Carpenter costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 … il quale fa parte dei di-

[38] Corte di giustizia, sent. 11 luglio 2002, C−60/00, *Carpenter*, Racc. 2002, I−6279.

[39] Corte Europea dei Diritti Umani, sent. 2 agosto e 2001, *Boultif c. Svizzera*, §§ 39, 41 y 46, ECHR 2001−IX.

ritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, riaffermata inoltre nel preambolo dell'Atto unico europeo e dall'art. 6, n. 2, UE, sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario" (*Carpenter*, punto 41).

In *O. e S.* si afferma inoltre che la direttiva 2003/38/CE sul ricongiungimento familiare deve essere attuata "alla luce degli articoli 7 e 24, paragrafi 2 e 3, della Carta, i quali impongono agli Stati membri di esaminare le domande di ricongiungimento familiare nell'interesse dei minori interessati oltre che nell'ottica di favorire la vita familiare, nonché evitando di pregiudicare sia l'obiettivo di tale direttiva sia il suo effetto utile " (O. e S., punto 82).

Quindi l'articolo 7, comma 1, lettera c), della direttiva 2003/86/CE non può essere interpretato e applicato in modo da violare i diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali (*O. e S.* , punto 77).

In effetti, gli Stati membri dovrebbero non solo interpretare il loro diritto nazionale in conformità del diritto comunitario, ma anche cercare di applicare le interpretazioni che non siano in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dal diritto comunitario (*O. e S.*, punto 78) [40].

5. *Differenze nelle sentenze e contesto dell'interpretazione giudiziale*

La dottrina che studia la questione della libera circolazione osserva che la sentenza *Ruiz Zambrano* rappresentato una frattura rispetto alla giurisprudenza successiva [41].

In realtà, ciò che può sorprendere è che, mentre le decisioni appaiono differenti rispetto alle soluzioni adottate, la metodologia interpretativa è praticamente la stessa.

Come detto, tutti i casi citati condividono il modello interpretativo finalista, il cui principale strumento è la ricerca di un effetto utile delle direttive, nonché dei Trattati comunitari.

Infatti, il modello finalista non consiste nella interpretazione di una determinata disposizione, ma nella costruzione di un "*constitutional telos*" di finalità dell'intero ordinamento giuridico comunitario, che è alla base del processo interpretativo della Corte di giustizia [42].

Le differenze osservabili tra i due blocchi di sentenze (prima e dopo *Zambrano*) appartengono alla logica dello sviluppo di una coerenza del diritto comunitario.

Infatti, come ritiene Jacobs "*MacCarthy seeks to mantain systematic coherence by, rather than despite, distinguishing Ruíz Zambrano*" [43].

Questa frattura si esprime attraverso uno strumento già sperimentato dalla Corte, che la dottrina ha chiamato "*suficient dissimilarity*".

Come spiega Gunnar Beck, in base a questa tecnica argomentativa, la Corte distingue una causa dalla precedente, definendo i fatti della nuova causa in contrapposizione con la precedente. In particolare, nelle sentenze in esame, si pone in risalto: se il cittadino dell'Unione ha o non ha esercitato il diritto alla libera circolazione; se il cittadino è mantenuto da un familiare non comunitario; se il cittadino

[40] V. Corte di giustizia, sent. 23 dicembre 2009, C-403/09 PP, *Detiček*, Racc. 2009, I-12193, punto 34.

[41] Pizzolo, *The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU*, cit.

[42] Poiares Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, 1 ss.

[43] Jacobs, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2014, 147 ss.

del paese terzo ha un permesso di soggiorno in un altro paese comunitario; se il cittadino dell'Unione è un minore o un adulto autosufficiente.

Secondo Jacobs la tecnica della "*disimilarity*" è propriamente ciò che distingue il caso di *Ruiz Zambrano* rispetto a *McCarthy* del 2011. Nel secondo caso la differenza rilevante è rappresentato dal fatto che il minore in *Zambrano* non poteva esercitare i loro diritti di cittadinanza, in quanto avrebbero dovuto abbandonare il territorio dell'Unione Europea. Il che non si verifica, secondo la Corte comunitaria, nel caso della signora *McCarthy* in quanto adulto non dipendente dal marito.

Anche la diversa qualificazione dei fatti si realizza sempre come variazione dello stesso quadro concettuale.

Pertanto, secondo la Corte di giustizia, vi è una continuità tra le sentenze citate, rinforzata da tecniche come la "differenza sufficiente" o la ripetizione nelle sentenze di "*building block"*, cioè di frasi già utilizzate in altre sentenze [44].

Esempio di questa tecnica è la frase "La finalità e la ratio di tali diritti derivati (…) si basano sulla constatazione che negare il loro riconoscimento può pregiudicare la libertà di circolazione del cittadino di cui trattasi, dissuadendolo dall'esercitare i propri diritti di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante", che si può leggere nel sentenze *Alokpa* (punto 22), *Ymerga* (punto 35) e *Iida* (punto 68).

Quindi la questione è perché i due gruppi di decisioni, anche con la stessa metodologia, raggiungono risultati che la dottrina percepisce come diversi.

Una prima differenza tra *Ruiz Zambrano* e *McCarthy* è il un peso diverso in riferimento al livello di principi costituzionali.

Infatti, mentre *Ruiz Zambrano* (come *Carpenter* e *O. e S.*) si basano sulla tutela dei diritti fondamentali, in particolare il diritto al rispetto della vita familiare, la sentenza *McCharty* del 2011 e molte tra le sentenze successive non dànno lo stesso rilievo ai principi stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione di Roma.

Il fatto di non dare lo stesso rilievo, tuttavia, non significa che tali principi non sono considerati, ma che nell'argomentazione assumono un ruolo più importante gli obiettivi fissati a livello dello specifico testo legislativo.

Probabilmente sentenze come *Ruiz Zambrano*, *Carpenter* o *Garcia Avello* seguono meglio il percorso ermeneutico fino a raggiungere e a comprendere i principi fondamentali.

In ogni modo, anche in sentenze come *McCarthy* la Corte non sembra rinunciare al suo approccio interpretativo caratteristico.

Inoltre, ad aumentare la sensazione di una differenza tra le sentenze è l'uso di un espediente tecnico e argomentativo in alcune sentenze che si inscrivono nella linea della giurisprudenza *McCarthy* del 2011.

In tali sentenze, infatti, il giudice comunitario stabilisce che le differenze tra i fatti delle questioni esaminate e quelli posti alla base della sentenza *Zambrano* devono essere identificati dall'organo giurisdizionale che rimesso l'interpretazione pregiudiziale.

Nella sentenza *Alokpa*, per esempio, il giudice comunitario demanda al giudice nazionale il compito di verificare se i figli della signora *Alokpa* hanno i requisiti previsti nella direttiva 2004/38/CE e, pertanto, se godono del diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante a norma dell'articolo 21 TFUE. In particolare "tale giudice deve verificare se i suddetti figli dispongano, da soli o grazie alla madre, di

[44] Sul rinvio del giudice comunitario alla sua precedente giurisprudenza, v. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, specialmente i capp. 4 e 8.

risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia completa, come prevede l'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38" (*Alokpa*, punto 30). Se non sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE, "l'articolo 21 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che alla sig.ra Alokpa venga negato un diritto di soggiorno sul territorio lussemburghese" (*Alokpa*, punto 31).

Per quanto riguarda l'applicazione del diritto alla libera circolazione riconosciuto dal TFUE la Corte di giustizia stabilisce che, nel caso in cui il giudice nazionale "deve ancora verificare se un siffatto diritto di soggiorno non potrebbe esserle comunque concesso in via eccezionale, pena pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione di cui godono i suoi figli, poiché, in conseguenza di siffatto diniego, questi ultimi sarebbero di fatto costretti a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme e privati, quindi, del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status suddetto" (*Alokpa*, punto 33).

Quindi, mentre nel caso *Ruiz Zambrano*, la Corte comunitaria applica direttamente l'articolo 20 TFUE, qui riconosce un potere discrezionale al giudice nazionale, affermando che, nel caso quest'ultimo non ravvisasse le condizioni previste dalla legislazione, il rifiuto delle autorità lussemburghesi di concedere alla signora Alokpa il diritto di soggiorno sarebbe legittimo, in quanto i suoi figli non sarebbero obbligati da questo fatto a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme, perché potrebbero risiedere nel paese di cittadinanza (Francia) insieme con la madre.

In *Dereci* la decisione della Grande Camera è che "Il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio, quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione". Tuttavia questo principio si applica sempreché il "diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione", ma questo deve essere accertata dal giudice nazionale del rinvio.

Applicando questo metodo, infatti, la Corte sembra rimanere coerente con la giurisprudenza precedente, e in particolare con la sentenza Ruiz Zambrano, degradando le differenze a mere questioni di fatto.

6. *Il ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione del diritto comunitario*

La giurisprudenza comunitaria che si occupa della libera circolazione dei familiari extracomunitari dei cittadini dell'Unione è spesso utilizzata come esempio di "attivismo" dei giudici comunitari.

In generale, secondo alcuni autori la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, integrando e completando le "lacune" [45] in un sistema incompleto e poco profondo, svolgerebbe una funzione "pretoria", collocandosi all'incrocio tra interpretazione e creazione del diritto [46]. Pertanto, si presume che i giudici comunitari

[45] V. Mengozzi, *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, 248; Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 531.

[46] Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi int.*, 1983, 409; Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*,

svolgano un potere legislativo [47], che sostituisce quello delle istituzioni legislative [48]. Questa dottrina ritiene che la Corte di giustizia agisca, se non *contra legem*, almeno vicino ai limiti della legalità.

Tuttavia questa posizione non appare convincente per diverse ragioni.

Da un punto di vista logico, la giurisprudenza oggetto di studio non può essere descritta come espressione di un approccio esclusivamente "attivista": se *Ruiz Zambrano* si potrebbe considerare un esempio di attivismo giudiziario, *Mc Charty* dovrebbe essere guardato come esempio una tendenza conservatrice e restrittiva.

Considerando il sistema istituzionale comunitario, è difficile dire che la Corte sta agendo al di là dei suoi poteri.

Come si osserva, infatti, la polemica contro l'attivismo della Corte del giudice comunitario presuppone che si sia stabilito la funzione propria della Corte e che il giudice del Lussemburgo non abbia adempiuto i suoi limiti [49].

La Corte svolge diverse funzioni di solito appartenenti a vari tipi di giudici [50], ma in sostanza, il giudice comunitario garantisce un'interpretazione uniforme del diritto sovranazionale, in particolare attraverso un potente strumento che è la "interpretazione pregiudiziale" (articolo 267 TFUE) che può essere richiesto da tutti i giudici nazionali, quando essi abbiano un dubbio circa la corretta interpretazione di una norma dell'Unione.

Tuttavia, fondamentalmente, la Corte svolge una funzione giurisdizionale [51], cioè quella di interpretare il diritto comunitario, dando il senso giuridico necessario per applicarlo ai rapporti giuridici [52].

Così la il giudice comunitario agisce come un qualsiasi organo giudicante, in particolare come giudice costituzionale e giudice di legittimità di ultimo grado.

Per quanto riguarda le corti costituzionali nazionali, i giudici comunitari non creano diritto ex novo, ma mirano a sviluppare una "concrezione" applicabile per risolvere casi specifici [53]. Le fonti giuridiche del Diritto comunitario, come le fonti del diritto transnazionale regionale, in particolare i trattati e gli strumenti relativi ai diritti umani, utilizzano espressioni aperte, che è necessario riempire di signi-

---

cit.; Akehurst, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *Brit. Year Book Int. Law*, 1981, 41.

47 Bettati, *Le «law-making power» de la Cour*, in *Pouvoir*, 1989, 57 ss.

48 Alcuni autori sostengono una posizione diversa, v. Everling, *The Court of Justice as a Decision-making Authority*, in *Michigan Law Review*, 1983-1984, 1294 ss.

49 Dawson, *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, cit., spec. 423 ss.

50 Come la funzione di controllo di legittimità degli atti delle altre Istituzioni comunitarie (art. 263 TFUE); i giudizi sulla responsabilità contrattuale (art. 272 TFUE) e extracontrattuale dell'Unione (art. 268 e 340 TFUE); le controversie in materia di lavoro tra l'Unione e i suoi agenti (art. 270 TFUE) e altre competenze ancora (art. 271 ss. TFUE).

51 V. tra gli altri, Everling, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., 1309 ss. Sulla differenza tra la "creatività" dei giudici e la funzione legislativa cfr. Cappelletti, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 774 ss.

52 V., per esempio, la Corte di giustizia, sent. 27 marzo 1980, 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkavit italiana*, Racc. 1980, 1205, punto 16.

53 Sul ruolo dei giudici costituzionali nella interpretazione del diritto, v. Castillo Córdova, *La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos,* in Álvarez Ledesma, Cippitani, *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, Roma-Perugia-México, 2013, 293 ss.

ficato tecnico in linea con le finalità dell'ordinamento giuridico transnazionale [54].

Il tema delle "lacune" non è solo una caratteristica del diritto dell'Unione, al quale corrisponderebbe una interpretazione creativa del giudice comunitario.

Come sosteneva Bobbio il problema delle lacune è di natura ideologica: il linguaggio delle fonti legali è sempre "incompleto", in quanto "il legislatore non estrae dalle proposizioni normative esprimono tutte le conseguenze normative che possono ottenersi" e sempre l'interprete (compreso il giudice) deve "completare" il linguaggio legislativo [55].

In entrambi i casi si tratta di una caratteristica della giurisdizione moderna perché può contare su maggiore spazio discrezionale dei giudici, necessario per attribuire coerenza a un ordinamento giuridico sempre più complesso e multilivello [56].

Correttamente, molti autori (Beck) sottolineano il carattere complesso e aperto del Diritto comunitario che influenzano di conseguenza l'attività interpretativa della Corte di giustizia, rendendola meno prevedibile (anche se non certo arbitraria).

Tuttavia il Diritto comunitario, e in generale il diritto dei processi di integrazione regionale, porta a conseguenze estreme tendenze, ma già nel diritto odierno.

Il cosiddetto potere legiferare di organi giudiziari, come la Corte di giustizia dell'Unione Europea, sembra un errore di prospettiva degli accademici che hanno difficoltà quando si avvicinano al fenomeno di integrazione comunitaria, con un approccio tradizionale.

Quindi la questione non è l'esistenza di un potere legislativo arbitrario della Corte di Giustizia, né si può chiedere una riduzione del potere discrezionale del giudice comunitario, il che sarebbe in contrasto con le disposizioni dei trattati dell'Unione.

Secondo alcuni studiosi, come Conway, per affrontare quello che viene vista come violazione della separazione dei poteri, la Corte avrebbe dovuto cambiare il suo approccio interpretativo, limitando il ricorso ai principi generali, come al contrario si verifica nel caso *Ruiz Zambrano* [57].

Eppure, come si è cercato di mostrare nei paragrafi precedenti, la giurisprudenza comunitaria, compresa quella che non sembra seguire affatto la dottrina *Ruiz Zambrano*, si dimostra fedele allo stesso percorso logico-interpretativo e fa comunque riferimento ai principi generali e costituzionali del diritto europeo.

Pertanto, le sentenze in tema di libera circolazione dei familiari non comunitari sembrano rivendicare una sostanziale omogeneità della metodologia interpretativa: quello che si può osservare non è una differenza "ingredienti", cioè gli argomenti interpretativi, ma semmai di quantità degli stessi argomenti.

ROBERTO CIPPITANI

---

[54] ZAGREBELSKY, *El jeuz constitucional en el siglo XXI*, in FERRER MAC-GREGOR, MOLINA SUÁREZ, (coord.), *El jeuz constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, 4 ss.

[55] V., tra gli altri BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 212. V. anche René David che parla della "collaborazione" tra interprete e legislatore, v. DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1995, 125 ss.

[56] BISOGNI, *Juridicción moderna*, *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010, t. II, 937 ss.

[57] CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, cit., 94.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE MINORILE ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2012/29/UE.

SOMMARIO – 1. La direttiva 2012/29/Ue: considerazioni introduttive. – 2. (*Segue*): la «vittima» nella giustizia penale, un ospite inquietante. – 3. (*Segue*): il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa: il principio del superiore interesse della «vittima». – 4. (*Segue*): la partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella Raccomandazione n° R(99)19 e nella Direttiva: un'analisi comparativa. – 5. Gli spazi applicativi della giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Cenni comparativi con la normativa penale comune e di pace – 6. L'opzione di fondo del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. L'irrilevanza del fatto – 7. La messa alla prova. – 8. (*Segue*): il supposto giudizio di responsabilità. – 9 (*Segue*): il riconoscimento dei fatti essenziali.

1. *La direttiva 2012/29/UE: considerazioni introduttive.*

La Direttiva 2012/29/Ue (d'ora innanzi "Direttiva") stabilisce norme minime [1] «in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», sostituendo la meno ampia e articolata Decisione-quadro 2001/220/GAI Ue «sulla posizione della vittima nel procedimento penale» [2], fatte salve le precedenti direttive per particolari categorie di vittime.

La Direttiva intende per «vittima» [3] «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato» [4], estendendo la definizione sino ad includervi anche la c.d. vittima indiretta (non specificamente contemplata, invece, dalla succitata Decisione-quadro), ovvero «il familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona» [5].

---

[1] «Gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di protezione più elevato»: cfr. considerando n. 11 (c.d. armonizzazione minima). Gli Stati membri dovranno recepire la Direttiva entro il 16 novembre 2015 (art. 27).

[2] Cfr. SAVY, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 613 ss. Per un inquadramento storico della sensibilità europea (e non solo) nei confronti della vittima di cui la Direttiva è vincolante epilogo, cfr. DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 996 ss.

[3] Cfr. art. 2. «Vittima» è termine divisivo nella politica penale, forse per le sue connotazioni emotive, le cui radici, come spesso accade, risalgono ad una metaforica sorgente sempre attiva e, se non avvertita, scivolosa: cfr. ZANOBIO, *La vittima nella storia*, in RIPONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995. Non è un caso che il termine compaia due volte nella sola legge n. 354 del 1975, negli artt. 47 e 73. Se ne prende atto, riservandone l'uso in sede di commento della Direttiva e ai soli cenni comparativi con la fase dell'esecuzione della pena, mentre, prima della sentenza di condanna, ricorrerò alla più neutra e meno estensiva locuzione «persona offesa» accolta di norma dal nostro legislatore (cui, per brevità, non antepone "presunta").

[4] Il complesso di queste sofferenze è compendiato nella locuzione "vittimizzazione primaria", sulla quale cfr. PEPINO - SCATOLERO, *Vittime del delitto e vittimologia*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 1, 188 s., DE CATALDO NEUBURGER, *Lo stress psicologico da vittimizzazione*, in GULOTTA - VAGAGGINI (a cura di), *Dalla parte della vittima*, Milano, 1980, 105 ss.

[5] Per «familiare» la Direttiva intende non solo il coniuge, ma anche il convivente *more uxorio*, nonché «i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima», abbracciando dunque sia la "persona offesa", titolare dell'interesse giuridico leso dal reato, sia il normalmente coincidente «soggetto al

Il provvedimento riconosce alla «vittima» numerosi diritti in tutto l'arco processuale comprendendovi anche l'esecuzione penitenziaria: dal diritto ad ottenere dettagliate informazioni sul proprio caso al diritto di accesso ai servizi di assistenza, dai significativi diritti di partecipazione al procedimento penale al diritto ad una protezione. Tra i presidi la Direttiva riconosce alla «vittima» anche «il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» [(6)], definita, nell'art. 2, comma 1, d), come «ogni procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato [(7)] di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni [*difficultés/matters*] sorte dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale [*tiers indipendant/ impartial third party*]» [(8)]. È questa una definizione pragmaticamente orientata alle riparabili complessive conseguenze del reato [(9)], pressoché identica a quella della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n°R(99)19 «sulla mediazione in materia penale» [(10)] (d'ora innanzi Racc. (99)19), che si riferisce, dun-

quale il reato ha recato danno», categorie contemplate dal codice penale e di rito, con riconoscimento dei relativi diritti.

[6] Materia oggetto, dunque, non più solo di raccomandazioni (*soft law*), ma di un atto legislativo (*hard law*) e di una Direttiva, più vincolante e dettagliata della sostituita Decisione-quadro, rivelatasi insufficiente a garantire i diritti delle vittime, anche nel contesto della giustizia riparativa.

[7] La Direttiva (considerando n. 12) chiarisce espressamente che con la locuzione «autore del reato [*auteur de l'infraction/ offender*] si riferisce a una persona che è stata condannata per un reato», ma anche «ad una persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna», fatta «salva la presunzione di innocenza»: sicché, con questa fondamentale precisazione, userò la locuzione «autore del reato», a fini di praticità espositiva, con riferimento all'intero arco del procedimento penale, anche minorile. In quest'ultimo contesto, peraltro, per «autore del reato» si intenderà l'autore (indagato, imputato, condannato) del reato commesso da minorenne, anche se divenuto maggiorenne al momento dell'applicazione delle specifiche misure previste dal procedimento minorile e dal codice penale (cfr. Cass., sez. IV, 4 aprile 2003, P.M. in proc. Orlati, in *Mass. Uff.*, 225587).

[8] Cfr. la conforme definizione di cui alla Risoluzione ONU 12/2002 – "Principi base sull'uso dei programmi di giustizia in materia penale". In questa nota il solo esiguo rinvio a fonti meta-europee, la cui disamina resta fuori dall'orizzonte della presente trattazione, anche sul rilievo che più numerosi/giuridicamente eterogenei sono gli Stati destinatari, più si impone un lessico, per usare una risalente distinzione logico-linguistica, di cattive *intensioni* e quindi di dilagante *estensione*, che poco o punto può aggiungere a quanto promana dalle fonti europee.

[9] «Mai il divenire torna esattamente al suo punto di partenza, e anche se vi ritornasse, […] ancora non si potrebbe dimenticare il fatto»: così JANKÉLÉVITCH, *La cattiva coscienza,* Bari*,* 2000, 93 ss. Ma, se non il fatto-di-aver-fatto (il *fecisse*), si può dis-fare la *res facta*. Con questa precisazione, non corrisponde del tutto a verità l'antico brocardo che «non si può far sì che ciò che è stato fatto non sia accaduto» (con le parole di Platone, peraltro a sostegno della irrazionalità di una punizione per l' «ingiustizia passata»: *Protagora*, in *Le opere*, Roma, 2005, 279), formulato sulla base di una visione puramente "oggettiva" del *factum*, tutto serrato nel passato e così inflessibile: le conseguenze del fatto possono essere oggetto di elaborazione, riparazione, con possibili riflessi in ordine alla modulazione, in tutte le fasi, della risposta penale (facendo economia del tradizionale *pati*) a fronte di meno forti aspettative di verità e giustizia di una vittima/comunità che sia ristorata e rassicurata.

[10] La Raccomandazione del 1999 adotta lo stesso sintagma «*tiers indipendant/ impartial third party*» - con l'aggiunta tra parentesi di «*mediateur/mediator*» (§.I) - chiarendo poi (§.V.3.26) che «la mediazione dovrebbe essere condotta in modo imparziale [*maniere impartiale/impartial manner*], sui fatti della controversia e in funzione delle esigenze e volontà delle parti», garantendo la loro «dignità» e che «agiscano con reciproco rispetto». Analogamente, l'art. 25.4 della Direttiva, con riferimento agli «operatori dei servizi di giustizia riparativa», ne richiede «una adeguata formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime» e l'espletamento dell'attività «in modo imparziale [*impartialité/ impartial manner*], rispettoso e professionale». La Decisione-Quadro del 2001, ancora riferendosi (come la Racc. (99)19) alla sola «mediazione nelle cause penali», definita «ricerca, prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato, con la mediazione di una persona», più sobriamente si limitava a predicarne la "competenza" («*personne compétente/ competent person*») (art 1.e), sottolineando

que, solo a questo pur fondamentale «servizio di giustizia riparativa». Ma l'Unione Europea, preso atto che il concetto e la portata della mediazione in materia penale si sono nel tempo articolati [11], fa riferimento alla più ampia categoria del «servizio di giustizia riparativa», che comprende «ad esempio la mediazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi» [12].

2. (Segue): *la «vittima» nella giustizia penale, un ospite inquietante*

Per un corretto inquadramento del tema in esame, appare opportuna qualche preliminare riflessione di profilo diacronico, per provare a confutare un'interpretazione restrittiva degli spazi riservati ai «procedimenti di giustizia riparativa» all'interno del «procedimento penale», spazi di cui, invece, sembra auspicabile una graduale, strutturata estensione, pur con tutte le garanzie per le parti e senza *snaturanti* con-fusioni delle due distinte declinazioni della giustizia [13].

Le *norme minime* scolpiscono non più solo cosa l'Europa propone, ma cosa oggi ritiene indefettibile a proposito (tra l'altro) della riparazione *verso* la «vittima» nel contesto penale, e, più in generale, muovendo proprio da questa, come ripensa lo stesso reato, che definisce «non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime, che, come tali, dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta» (considerando n. 9).

Ebbene, non si può comprendere appieno la portata di questi assunti senza soffermarsi sulla prodromica, pregnante Raccomandazione R (85) 11, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 28 giugno 1985, che ha affrontato, per la prima volta, in termini generali, il tema della «posizione della vittima nell'ambito del diritto e della procedura penale».

Nei *considerandа*, infatti, il Consiglio d'Europa, constatata la tendenza del sistema tradizionale della giustizia penale ad accrescere, più che a ridurre, la sof-

la decisività del profilo professionale del mediatore, che non decide/risolve secondo legge un conflitto tra le parti, ma le affianca in un percorso di chiarificazione e di gestione non distruttiva del loro conflitto, e ciò potendo fare nella misura in cui sia dotato di specifiche competenze che gli consentano di (ri)attivarne la comunicazione, sapendo stare tra e con loro (non *super*) per poterne essere *inter*-prete. Di fronte ad un mediatore che sembri manifestare nello svolgimento della mediazione qualsiasi tipo di vicinanza, legame o amicizia unilaterale, il rimedio immediato quanto efficace è l'abbandono della mediazione, diritto fondamentale dei *medianti* nell'intero arco dell'intervento: pertanto, non si ritiene possa ragionevolmente porsi, o non si pone certo come centrale, il tema della previsione di norme procedurali che *ex ante* garantiscano l' imparzialità di questa figura, per quanto testé osservato, ben diversa da quella del giudice.

[11] Cfr. §.6 Introduzione alle Linee-guida del CEPEJ (Strasburgo, il 7 dicembre 2007) «per una migliore attuazione» della Racc. (99)19.

[12] Cfr. considerando n. 46. Nel nostro Paese è la «mediazione [*mediation entre la victime et l'auteur de l'infraction/victim-offender mediation*]» il «servizio di giustizia riparativa» di gran lunga più conosciuto e attuato soprattutto in ambito minorile. Per tal ragione, ed anche in quanto nucleo essenziale degli altri servizi indicati, ad essa farò riferimento nel prosieguo della trattazione come sinonimo antonomastico di «servizio di giustizia riparativa».

Sul «dialogo esteso ai gruppi parentali [*conférence en groupe familial/family group conferencing*]» e sui «consigli commisurativi [*cercles de détermination de la peine/sentencing circles*]» v. Mannozzi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 151 ss.

[13] Chiarisco subito che il termine "snaturante" non vuol avere nulla di ontologico, né così evocare sterili contrapposizioni tra chi crede e chi non crede in un qualsivoglia "ente" in ambito giuridico, inclusi gli istituti di «giustizia riparativa». Le posizioni possono essere *contrarie*, mai *contraddittorie*, e possono giungere – ferme, si ripete, le fondamentali garanzie – a punti di convergenza mobili, affidati ad una ragionevolezza che si adatti ai particolari contesti normativi.

ferenza della vittima, afferma che «una funzione fondamentale della giustizia penale deve essere quella di soddisfare le esigenze e salvaguardare gli interessi della vittima», di cui è necessario «tenere maggiormente in conto[…] il danno fisico, psicologico, materiale e sociale subito».

Sul rilievo poi che ogni misura a tal fine, oltre a facilitare «una eventuale riconciliazione tra la vittima e l'autore del reato», non può che concorrere a realizzare le tradizionali funzioni «del diritto e del processo penale, come ad esempio il rafforzamento delle norme sociali e il reinserimento degli autori di reato», il Comitato raccomanda ai governi degli Stati membri di «rivedere le loro legislazioni e prassi», valorizzando, fra l'altro, «ogni serio sforzo riparativo» «in tutte le fasi», ed in tal quadro auspicando il più ampio ventaglio di soluzioni: riparazione come sanzione autonoma, sanzione sostitutiva della pena o misura con essa concorrente, ma anche condizione determinante nelle decisioni di *diversion* e *probation*, esaminando a tal fine anche «i possibili vantaggi dei meccanismi di mediazione e conciliazione» [(14)].

Certo, può generare disorientamento il reato inteso soprattutto come offesa alla «vittima», ed ancora di più il suo ripensamento quale fondamentale tassello del nuovo modello di giustizia riparativa, ma è un disorientamento che svela il ripensamento dell'azione lesiva in un contesto ben diverso da quello noto [(15)].

Ed è un disorientamento rispetto alla *evidenza* del processo penale così come costruito dalla tradizione occidentale [(16)], incentrato sul rapporto tra Stato (monopolista della forza) ed «autore del reato» per neutralizzare i sentimenti di vendetta della «vittima» [(17)] ed a partire dall'età illuministica – dopo il «processo offensivo»

---

[14] Insomma l'*an* e il *quomodo* (in relazione alla gravità del reato e/o a particolari esigenze di prevenzione speciale) della risposta penale non possono che dipendere da un «serio sforzo riparativo» (onere risarcitorio o di lavoro lavoro di pubblica utilità, o nell'ambito di un consensuale «procedimento di giustizia riparativa»). Una operazione che può portarci a meditare sia su *poinè*, da cui *pena* deriva, che sul suo apparentamento con *pharmakon*: sull'etimo greco v. Curi, *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 408 ss., che ci ricorda come *poinè* è inizialmente qualcosa che viene dato «in compenso», come «ricambio» 'neutro' di qualcos'altro; sulla pena come *pharmakon*, che può curare solo intossicando, si leggano le brillanti pagine di Resta, *La certezza e la speranza*, Bari, 1992, 23 ss. e Id., *Il diritto fraterno*, Bari, 2002, 89 ss. Cfr. anche Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 Maggio 2015, che nelle lucide parole conclusive, pur riportando «sulla terra i sogni della giustizia riparativa», rappresenta la possibilità della «riparazione come idea innovativa del sistema, non binario a sé stante, e veicolo di una diversa cultura della riduzione complessiva del male per autore e vittima insieme».

[15] Cfr. la nota introduttiva dei curatori Fiandaca - Visconti, in AA. VV., *Punire mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, ove, si chiarisce, con efficace sintesi, come l'idea della riparazione-mediazione sia «presente nelle società umane sin dai tempi storicamente più risalenti; ed essa potrebbe essere considerata sia una costante antropologica nel suo nucleo significativo essenziale, sia una variabile culturale per le differenze di volta in volta riscontrabili nelle sue forme storiche di realizzazione».

[16] Per una disamina più argomentata, oltre che per un rinvio alle fonti ivi proposte, ci si permette di rinviare a Rossi, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, in C. e R. Brutti (a cura di), *Mediazione, Conciliazione, Riparazione - Giustizia penale e sapere psicoanalitico*, Torino, 1999.

[17] Su questo epocale passaggio non si può che segnare il passo sull'insuperabile riflessione di Eschilo nelle *Eumenidi*: Atena, pur incline alle ragioni di Oreste, ne rimette la sorte all'Areopago, a giudici umani, sottoposti ad una nuova Dike, ovvero alla "necessaria" verità del tutto, che sovrasta anche gli dei vecchi e nuovi, comunque di parte. Per una rigorosa analisi filosofica dell'*Orestea*, v. Severino, *Il giogo*, Milano, 1989.

[18] – per sottrarre il reo all'arbitrio punitivo.

E' noto come questa evoluzione abbia portato alla graduale emarginazione della «vittima» [19], perturbante figura ideologicamente apparentata – almeno in tempi risalenti – alla vendetta, che andava razionalizzata attraverso una pena ristabilizzatrice, una volta per tutte, dell'*ordine sociale* vulnerato dal reato [20].

Ma, se la sottrazione del reo alla privata vendetta e poi all'arbitrio del sovrano, e infine la rieducazione quale finalità della pena [21], rappresentano un irreversibile progresso di civiltà giuridica, la sensibilità moderna rende l'attuale sistema penale non più in sintonia con la dignità della «vittima», spesso non protetta, se non vittimizzata anche dal processo, in cui è «parte» ai fini della sola pretesa risarcitoria [22], nei limiti della rara capienza dell'offensore e comunque all'esito di processi annosi, sui cui passaggi/epiloghi non è, se non di rado, neppur informata.

Una «vittima» così vessata – talora amplificando la propria voce tramite i *mass media*, dai quali è ancora una volta usata e, così, ulteriormente vittimizzata – non può che esprimere rancorose istanze di spicci accertamenti e pene esemplari, al pari della collettività, che con essa (oggetto di algofobiche proiezioni) si identifica, ed orienta politiche penali che rischiano di minare proprio quel progresso, che invece si vuole da taluno minacciato dal "ritorno" della «vittima» nel processo penale [23].

La Direttiva consapevole del pericolo indica un chiaro cambiamento di rotta, occupandosi della dignità umana [24] delle vittime di reato, «rafforzandone i diritti,

---

[18] È da *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria che si mutua questa efficace locuzione.

[19] Questo è sinteticamente il tradizionale scenario della "neutralizzazione" della vittima, *ab intra*, ovvero muovendo da una concezione "pura" della giustizia penale in cui la vittima sarebbe sostanzialmente intrusa quanto la sua riparazione, ma non sono mancate anche istanze in tal senso mosse da una opposta esigenza di non contaminazione. Cfr. Pavarini, *Decarcerazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 15 ss. Per Resta, *Fiducia nella Giustizia*, in *Min. Giust*., 1996, 68-71: bisogna «lavorare per le riconciliazioni e per soluzioni non punitive, ma nella comunità» e «pensare in termini di codice affettivo ma prima e fuori del codice del diritto», sul rilievo che «la fiducia [...] non può essere inserita in contesti di strategie punitive».

[20] È nel pensiero giuridico "classico" che si cristallizza l'evoluzione dalla vendetta della vittima alla razionale, regolata, uniforme "retribuzione" del giudice. Ben diversamente la pensa Girard, *La violenza e il sacro*, Milano, 1992, 32, secondo cui il sistema giudiziario «non sopprime la vendetta: la limita ad una rappresaglia unica il cui esercizio è affidato a una autorità suprema e specializzata nel suo campo», le cui «decisioni si impongono sempre come l'ultima parola della vendetta». Ad una visione storicistica, che vuole la vendetta selvaggia e inquinata dall'odio, superata dalla pena, misurata e senza passione, s'oppone, con profonda consapevolezza filosofico-antropologica, Cosi, *Ordine, vendetta, pena*, in *Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta*, Milano, 2014, ove l'Autore analizza i «non pochi […] elementi che […]sembrano avvicinare la vendetta e la mediazione penale», come le comuni «complesse tattiche di allontanamento-riavvicinamento dei protagonisti della vicenda volte a creare/ricreare la relazione tra i soggetti del conflitto», in vista di una sua «soluzione di tipo non aggiudicativo».

[21] Dall'ottocentesco affermarsi della pena carceraria se ne tentano finalità correzional-terapeutiche e, nell'ultimo scorcio del secolo scorso, di reinserimento sociale anche con pene alternative.

[22] La Direttiva si sofferma anche sul tema del «risarcimento», che mantiene ben distinto da quello della consensuale «giustizia riparativa»: cfr. *consideranda* nn. 49, 62 e artt. 4, 9 e soprattutto l'art. 16. Peraltro, il 2° comma di quest'ultima disposizione («gli stati membri promuovono misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima») sembra evocare istituti premiali, che abbiano effetto incentivante di condotte riparatorie dell'«autore del reato».

[23] Sul tema cfr. A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura*, Bologna, 2013, 11 ss., 169 ss., 195 ss.

[24] La dignità della persona è il «punto archimedico» di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri, secondo la efficace, geometrica metafora di G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it.* «Studi e ricerche». Sul tema cfr. anche M. Ruotolo, *Dignità*

il sostegno e la tutela», «in particolare nei procedimenti penali».

3. (Segue): *il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa. Il principio del superiore interesse della «vittima»*

In tale prospettiva, la Direttiva riconosce che «i servizi di giustizia riparativa [...] possono essere di grande beneficio per le vittime» (considerando n. 46), ma impone agli Stati membri di adottare misure tali da garantire che la «vittima» che «scelga di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» sia «protetta» da «vittimizzazione secondaria [25] o ripetuta [26]» (anche) all'interno di questi percorsi (art. 12, 1° comma) [27]. E, in tema, prevede norme minime in ordine al diritto della «vittima» «a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» («disponibili» e «operanti nel corso del procedimento penale» in senso lato inteso, ovvero «dal primo contatto con l'autorità competente» all'esecuzione penitenziaria), stabilendone, al citato art. 12, le «condizioni» essenziali d'accesso.

Preliminarmente appare opportuno sottolineare che la Direttiva impone dette condizioni minime in ordine a tutti i «servizi di giustizia riparativa» contestualmente ad una inedita quanto doverosa messa a fuoco del *senso* della riparazione, da intendersi sia come significato che come direzione. Infatti «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima» (§1.a dell'art. 12 cit.), questo il valore intrinseco del «procedimento di giustizia riparativa», distinto dal valore strumentale che può attribuirgli il sistema penale: ogni effetto di prevenzione speciale da questo riconosciuto è subordinato rispetto al superiore «interesse della vittima».

Tale rilievo, lungi dall'essere scontato, va meditato alla luce del possibile condizionamento/snaturamento del «procedimento di giustizia riparativa» nell'esecuzione penitenziaria, destinata alla rieducazione dell'«autore del reato», ma anche nel

e Carcere, Napoli, 2014. Si vuol qui solo soggiungere che il rispetto della dignità umana dell'«autore del reato» è strettamente connesso con quello della dignità della «vittima», che oltre ad essere paritetica alla prima, può, se valorizzata nel sistema penale, far da volano per l'interiorizzazione collettiva dei fondamentali principi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 27 Cost.

[25] Con l'espressione «vittimizzazione secondaria» si designa il complesso di sofferenze psicologiche che possono derivare dall'inadeguato trattamento degli operatori coinvolti nella giustizia penale, soprattutto nei confronti di vittime vulnerabili o di particolari tipologie di reati: cfr. Saponaro, *Vittimologia, Origine - concetti - tematiche*, Milano, 2004, in part. 185 ss.

[26] La letteratura sull'argomento definisce il termine «vittimizzazione ripetuta» come la commissione di reati a danno dei medesimi obbiettivi (persone o cose). I rischi di tale vittimizzazione variano secondo il tipo di delitto e il contesto ma i più alti livelli si trovano tra i delitti contro la persona quali i reati intrafamiliari, i reati sessuali, l'abuso di anziani e bambini, il bullismo e le minacce: cfr. Ciappi, *La Nuova Punitività. Gestione dei conflitti e governo dell'insicurezza*, Catanzaro, 2008.

[27] La Direttiva esige più rispetto delle condizioni ed esigenze della vittima ed una sua protezione da rischi di ulteriore vittimizzazione «in tutti i contatti con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale e con qualsiasi servizio», rivolgendosi a tutti gli operatori coinvolti, della polizia, della giustizia, dell'assistenza ed anche della giustizia riparativa (considerando n. 9), soggiungendo, quanto al «procedimento di giustizia riparativa», che il suo «esito positivo» può essere pregiudicato da fattori quali «la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettiva della vittima», che vanno ben valutati in concreto (considerando n. 46 della Direttiva). Già la Racc. (99)19, all'art. 15, pur in estrema sintesi, evidenziava la necessità di prendere in considerazione, prima di decidere l'invio alla mediazione, «le disparità evidenti concernenti taluni fattori quali l'età, la maturità o la capacità intellettiva delle parti»; seguita dalle citate Linee-guida (Cepej) del 2007, che includevano, tra i temi di particolare rilievo e delicatezza, quello degli «squilibri di potere tra vittime e rei» (§ 16).

processo penale ove la riparazione della «persona offesa» potrebbe essere strumento deflattivo, per tacere della giustizia penale minorile, in cui le esigenze educative del minore possono piegarla al suo *superiore* interesse.

Peraltro, il nostro Paese, a differenza di altri Stati dell'Unione Europea [28], non ha attuato la citata Decisione-quadro del 2001 e tantomeno accolto le precedenti Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, e così non ha creato strutturati spazi all'interno della nostra giustizia penale per significative esperienze di «giustizia riparativa», che altrove invece hanno portato a indicare la necessità di rimedi alle relative 'cattive' prassi.

È opportuna peraltro un'ultima considerazione a margine della centralità dell'«interesse della vittima», per sottolineare che non va unilateralmente enfatizzata nel particolare, delicatissimo ambito dei *delitti di relazione* [29], spesso in progressione e agli inizi sottovalutati, ed in particolare nei delitti familiari, ove il danno ne può preannunciare altri e più gravi, e non si limita solo alla «vittima diretta» della condotta delittuosa, estendendosi allo stesso offensore ed al loro ambito parentale. Ebbene, nel considerando n. 18 [30], la Direttiva si occupa della «violenza nelle relazioni strette», ma concentrandosi sul solo particolare danno che ne deriva alla «vittima», ovvero sul «trauma fisico e psicologico sistematico dalle gravi conseguenze in quanto l'autore del reato è una persona di cui la vittima dovrebbe potersi fidare» [31], traendone la pur necessaria conclusione che quest'ultima può «aver bisogno di speciali misure di protezione», disciplinate nel Capo 4. Ma non può sfuggire il nesso che stringe una efficace *protezione* alla partecipazione, ove possibile, a *procedimenti di giustizia riparativa* in chiave di lungimirante strategia preventiva, soprattutto nella fase iniziale del procedimento penale [32]. Detto altrimenti, pur non potendosi sottovalutare, in alcune ipotesi, la necessità di una

---

[28] Cfr. Flor - Mattevi, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

[29] Sulla categoria cfr. Kaiser, *Criminologia*, Milano, 1985, 119-120, 305, 313, ove si evidenzia, riguardo alla criminogenesi, come sia cruciale «l'esistenza o meno di una conoscenza personale tra autore e vittima al momento della commissione del delitto» e che «un rapporto di conoscenza di tal genere si rinviene più facilmente nei delitti contro la persona e nei reati sessuali che non in quelli contro la proprietà e il patrimonio […] fatta eccezione per l'estorsione. Per questo, per una parte dei casi sopra menzionati, si parla di c.d. delitti di relazione. In genere, si tratta di fatti caratterizzati da un conflitto in atto tra autore e vittima», tanto che «sovente, la vera motivazione dell'omicidio può essere ricondotta solo al particolare rapporto tra l'autore e la vittima. Le uccisioni di soggetti del tutto estranei si verificano, a quanto consta, solo in una esigua percentuale di casi [...] ragion per cui per gli omicidi dolosi si giunge addirittura a parlare di delitti *a carattere familiare*». In paradossale contraddizione con lo stereotipo invalso nell'immaginario collettivo dell'aggressore estraneo, elettivamente straniero e, se non basta, clandestino e di colore, può essere utile qui anche rammentare che da un rapporto dell'*Organizzazione mondiale della sanità*, su 80 Paesi nel mondo, risulta che la metà delle morti violente che si verificano ogni anno sono dovute a suicidi, mentre la maggior parte degli omicidi sono commessi all'interno dei nuclei familiari e solo un quinto delle morti è causato da guerre. Cfr. *World Report on Violence and Health, World Health Organization Publication*, Ginevra, 2002.

[30] Cfr. anche il considerando n. 38.

[31] Quest'ultimo passaggio, particolarmente perspicuo, è stato insuperabilmente scrutato da Sigmud Freud in un saggio del 1919 (*Das Unheimliche*), che, (anche) muovendo dalla parola tedesca *unheimlich*/perturbante – costituita dal prefisso «un», negazione di tutto ciò che è *Heim*/casa –osservava che essa non è semplicemente la negazione di *heimlich*/familiare, ma una sorta di sua "genetica" variante, e che se perturbante è il non familiare, ancor più perturbante è l'avvederci che un evento non familiare proviene proprio dalla casa.

[32] Cfr. Battacchi - Codispoti, *La vergogna*, Bologna, 1992, 73 ss. L'intervento di un servizio di giustizia riparativa è tanto più efficace quanto meno le parti siano mosse da un approccio difensivo, che tende a cristallizzarsi nel prosieguo del procedimento e a maggior ragione durante l'esecuzione della pena.

iniziale particolare protezione *cautelare*, questa è di breve periodo, mentre, quando è possibile, la tempestiva promozione di un «servizio di giustizia riparativa» ha incomparabili possibilità di prevenire una pericolosa *escalation,* che invece può essere favorita dalle dinamiche processuali [33]. Invero, i *delitti familiari* sono attraversati da conflitti ingestibili direttamente dal giudice, che non può che trascurarne la essenziale componente *emotiva o passionale*, per usare proprio le parole del nostro codice penale: questa ormai diffusa consapevolezza chiama il diritto a dar ampio spazio a «procedimenti di giustizia riparativa», nel rispetto delle garanzie di entrambe le parti. Peraltro, in questa tipologia criminosa, la partecipazione a detti procedimenti presenta un maggior gradiente, e per un duplice profilo: da un lato, i vitali sentimenti/interessi condivisi dalle parti possono indurle ad una maggiore disponibilità alla mediazione e ad un accordo riparativo del *danno relazionale*, idoneo a ricucire i fondamentali legami e, così, alla prevenzione di ulteriori reati, anche a parti inverse; dall'altro, la «vittima», nei casi in astratto meno gravi, può essere consapevole della limitatissima rivalsa penale perseguita con il processo, percependola bensì come occasione per ulteriori offese nel suo tormentato *iter* [34].

4. (Segue): *la partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella Raccomandazione n° R(99)19 e nella Direttiva 2012/29/Ue: un'analisi comparativa*

Nell'art. 12 cit. la Direttiva stabilisce «almeno [...] le seguenti condizioni» per accedere ai «servizi di giustizia riparativa»: ricorso «soltanto [...] nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza»; consenso «libero», «revocabile in qualsiasi momento» e «informato» («in merito al procedimento stesso», al «suo potenziale esito», alle «modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo», che, «raggiunto volontariamente», «può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore»); «riservatezza» delle «discussioni

[33] In proposito, è forse interessante evocare una pronuncia del 2011 della Corte di Giustizia dell'Ue che si è espressa sull'interpretazione della Decisione-quadro del 2001 cit. in materia di «violenza domestica», in relazione ad un conflitto tra la volontà delle vittime di riprendere il rapporto di convivenza con gli autori di reato e le disposte misure giudiziarie di divieto di contatto con gli stessi/di allontanamento, seppur trattandosi, nel caso di specie, di pene accessorie e non di provvedimenti cautelari. Ebbene, sulla premessa che la tutela penale contro gli atti di «violenza domestica» garantita da uno Stato membro esercitando il proprio potere repressivo è volta a proteggere non solo gli interessi della vittima come questa li percepisce, bensì parimenti altri interessi più generali della collettività, la Corte si è pronunciata per la conformità della normativa interna con il diritto dell'Unione, riconoscendo agli Stati membri discrezionalità nell'individuare le tipologie di reato a cui è possibile applicare la mediazione, ed in particolare ritenendo conforme la scelta dello Stato membro remittente di escludere il ricorso alla mediazione per tutti i reati commessi nell'ambito familiare, purché sorretta da criteri oggettivi (cfr. Pisapia, *La protezione europea garantita alle vittime della violenza domestica*, in *Cass. pen*., 2014, 1866), che, nella fattispecie, appaiono discutibili per quanto sopra argomentato. Del resto rileva Jacques Derrida: «Il diritto non è la giustizia. Il diritto è l'elemento del calcolo, ed è giusto che vi sia diritto, ma la giustizia è incalcolabile, esige che si calcoli con l'incalcolabile» (la citazione si trova, con perspicuo commento, in Mannozzi - Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2014, 133).

[34] Il c.d. delitto di relazione è dunque l'ambito elettivo della mediazione, che ridà alle parti quella possibilità di parola assente prima del passaggio all'atto aggressivo quanto repressa nel processo: in tale tipologia gli eventi in causa sono spesso il prodotto di un intreccio diacronico di variegate, bilaterali responsabilità, e coloro che in vario modo ne sono coinvolti solo in un contesto mediativo accogliente e riservato possono cogliere sollecitazioni a riconoscere la propria parte nel conflitto. Sul sapiente rilievo dato alla natura relazionale della contesa nel mondo antico, cfr. Zagrebelsky, *Il Crucifige e la democrazia*, Torino, 1995, 25 ss.

[...] che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa», successivamente «divulgabili», di regola, «solo con l'accordo delle parti»; «riconoscimento» da parte dell'«autore del reato» dei «fatti essenziali del caso» [35].

Tra le precedenti fonti europee, appare fondamentale la Raccomandazione (elaborata sulla base di annosa sperimentazione), per cui è opportuna qualche schematica riflessione sui passaggi, seppur *per saltum*, da questa fonte alla Direttiva, con particolare riferimento alle condizioni prese in considerazione dall'art. 12 della Direttiva medesima, non prima di un preliminare chiarimento. Mentre la Raccomandazione si riferisce alla (sola) «mediazione in materia penale» secondo un'ottica neutrale (*nec utrum*), ossia dal punto di vista dell'istituzione giudiziaria che la può promuovere [36], occupandosi dei potenziali benefici per entrambe le parti e per lo stesso buon andamento del sistema penale, la Direttiva, invece, in una prospettiva radicalmente diversa, si occupa dei presupposti, della struttura e delle finalità del «servizio di giustizia riparativa» (di cui, tuttora, nel nostro Paese, è punta di diamante la mediazione) nell'ambito di una ben più ampia tutela della «vittima» [37] nel corso del procedimento penale, nel complesso delle relazioni «con servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa o con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale»(art. 1, comma 1).

Alcuni passaggi dalla Raccomandazione alla Direttiva meritano, a questo punto, di essere rilevati.

Anzitutto, in ordine alle finalità del procedimento di giustizia riparativa, se la Raccomandazione del 1999, nel preambolo ed in primo luogo, riconosce «l'interesse legittimo delle vittime [...] a comunicare con l'autore del reato ed ad ottenerne le scuse e una riparazione», questo profilo è ancor più nettamente indicato nella Direttiva [38]. Difatti, se la Raccomandazione s'affretta a soggiungere come la me-

---

[35] La partecipazione ad un «procedimento di giustizia riparativa» ci porta dunque in una dimensione fitta di condizioni, scambi, esiti concreti, valutazioni giudiziarie: siamo ben distanti dal *perdono* della vittima, che la *vulgata* mediatica è riuscita a intrudere nelle attività di mediazione. La *mediazione* mira ad un recupero della relazione umana reo/vittima, ad uno scambio positivo, ed è comunque uno strumento di «giustizia riparativa» a beneficio della vittima, con riflessi apprezzabili dalla giustizia penale per la ritenuta idoneità a favorire, a seconda dei contesti, la conciliazione processuale tra le parti o la responsabilizzazione dell'«autore del reato», istanza, quest'ultima, intensificata in ambito minorile. Il *perdono*, invece, è possibile solo da parte di chi ha subito l'offesa: incondizionato e libero anche dal *pentimento* di chi l'offesa ha arrecato, ponendosi come massimo dono, gratuito in quanto totalmente fuori dallo schema dello scambio ammissione/pentimento–perdono, e di ogni altro scambio: siamo al limite e forse oltre il limite della capacità dell'uomo, che quando lo concede, anche nelle migliori occorrenze, non può essere sicuro della sua intrinseca gratuità ('per dono'?: sul punto, Derrida, *Perdonare*, Milano, 2004). Razionalmente insondabile il «sottosuolo» di queste parole lontane dal «paese sincero» del 'sommo poeta', a *fortiori* in contesto giudiziario ove ne sarebbe consigliabile un uso particolarmente parsimonioso. Per una raffinata analisi filosofico-teologica, v. Bouchard - Ferrario, *Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici*, Milano, 2008. Dal punto di vista poetico-filosofico, mi sembra imperdibile l'apologo di Borges, *Leggenda*, in *Elogio dell'ombra*, Torino, 1998, 105.

[36] Cfr. §. 9: «La decisione di rinviare un caso alla mediazione penale, nonché la valutazione dell'esito di una procedura di mediazione, dovrebbero essere di esclusiva competenza del potere giudiziario»: qui, quanto all'invio, siamo tuttavia nel *limen* più che nel *limes*. Il tema sarà ripreso.

[37] Questa prospettiva è anticipata dalla Raccomandazione (2006)8, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel giugno 2006 *sull'assistenza alle vittime dei reati*, ove, pur tenuto conto dei «potenziali benefici della mediazione», di cui alla precedente Racc. (99)19, la si riguarda dal punto di vista della vittima, il cui interesse va attentamente valutato, «nella sua globalità e con prudenza», sia al momento dell'invio, che nel corso di questo servizio di giustizia riparativa, considerandone «anche i potenziali rischi per la vittima»: cfr. §.13.

[38] Come si è già illustrato con particolare riferimento al considerando n. 46 ed all'art. 12.1.a.

diazione sia anche «un'occasione importante per stimolare negli autori del reato il senso di responsabilità e [...] offrir loro concrete possibilità di fare ammenda [*s'amender/ make amends*], onde facilitarne la reintegrazione e la riabilitazione» in vista di epiloghi «più costruttivi e meno repressivi» della giustizia penale, la Direttiva non si occupa affatto degli effetti di prevenzione specialpositiva, pur apprezzati e progressivamente riconosciuti anche dal nostro sistema penale, non per un deficit di consapevolezza, quanto per l'esigenza di evitare una *ipersoluzione*, ovvero che, in concreto, la «scelta di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» possa poi rivelarsi per la «vittima» un'ulteriore occasione di *vittimizzazione* [39]. Ancora, come la Direttiva, anche la Raccomandazione, pur rivolgendosi ad entrambe le parti, invoca il principio assiale del consenso, libero, sempre revocabile [40] e informato [41], e l'altrettanto fondamentale principio di riservatezza, al precedente strettamente connesso [42].

Ultimo dato da esaminare, con riferimento al citato art. 12, è il «riconoscimento dei fatti essenziali del caso» [43], formula sulla quale non si registra uno scarto significativo tra Raccomandazione («*faits principaux de l'affaire/basic facts of the case*» [44]) e Direttiva («*faits essentiels de l'affaire/basic facts of the case*» [45]). Tuttavia, mentre la Raccomandazione postula – almeno «*en principe*»/ «*normally*» – un accordo delle parti sui fatti essenziali, ovvero testualmente «il riconoscimento di entrambe le parti [*par les deux parties*/*by both parties*]», la Direttiva richiede perentoriamente (senza usare *modalizzatori*) il «riconoscimento dei fatti essenziali»

---

[39] Questo il senso della valorizzazione esclusiva dell'«interesse della vittima» di cui all'art. 12 lett. a), ovvero il pregnante rilievo che ogni altra finalità rilevante per il sistema penale non può che avere carattere subordinato in un corretto spazio di giustizia riparativa all'interno del processo penale (anche minorile), che nondimeno, in un'ottica complessiva, enetici nei c.d. delitti di relazione, prevenendo il forte rischio di «vittimizzazione ripetuta»: questa è l'elevato pericolo di recidivanza che sicuramente per questa via si può ridurre, se si condivide, *mutatis mutandis*, l'acuta indicazione epistemologica di Gregory Bateson, che segnala la confusione dei tipi logici che affetta il tentativo di «eliminare la delinquenza con la punizione di alcune parti di quelle che consideriamo azioni criminose»: cfr. Bateson, *Mente e natura*, Milano, 1988, 168 ss.; sulla teoria dei tipi, Bateson, *Verso una ecologia della mente*, Milano, 1988, 304 ss. Più in generale, quanto agli effetti sul tasso di recidiva dell'applicazione della *messa alla prova*, cfr. Colamussi - Mestiz, *Devianza minorile e recidiva*, Milano, 2012, 123 ss.

[40] Cfr. le regole 1 (in esordio della parte dedicata ai *Principi generali*) e 11 Racc. (99)19.

[41] Cfr. la regola 10 Racc. (99)19: «Prima di accettare la mediazione, le parti dovrebbero essere pienamente informate dei loro diritti, della natura del processo di mediazione e delle possibili conseguenze della loro decisione». Sul punto le Linee-guida Cepej 2007 così articolano al § 33: «Le parti in mediazione dovranno, in particolare, essere rese pienamente edotte delle possibili conseguenze della mediazione sul procedimento di decisione giudiziale, inclusa la interruzione [*interruption/ discontinuation*] del procedimento penale, la sospensione o l'attenuazione [*suspension ou l'atténuation/suspension or mitigation*] della sanzione» (cfr. anche § 15). È evidente quanto questa informazione possa incidere su un consapevole consenso delle parti.

[42] Cfr. la regola 2 (*Principi generali*): «le discussioni in mediazione sono confidenziali e non possono essere utilizzate successivamente, se non con l'accordo delle parti». Le succitate Linee-guida CEPEJ riprendono il tema della «confidenzialità», che garantisce l'effettiva libertà di scambio (anche in termini veritativi), condizione essenziale per un esito positivo dell'incontro, e ne auspicano una disciplina con legge che ne preveda deroghe solo in chiave di *extrema ratio* (cfr. §§ 17 e 18).

[43] Questa è la cruciale e più problematica condizione di accesso alla giustizia riparativa, il cui innesto nel procedimento penale, anche minorile, è esposto a fraintendimenti, più o meno acuiti da particolari sensibilità interpretative, sia di chiusura che di assimilazione: sarà approfondita nel conclusivo paragrafo.

[44] Cfr. la regola 14 della Racc. (99)19.

[45] Cfr. art. 12, comma 1, lett. c) della Direttiva. In uno sforzo acribico *essentiel* mi pare la più esatta traduzione di *basic,* che ricorre in entrambi i documenti.

al solo «autore del reato». Ebbene, la Direttiva si muove con scelte chiare in ordine ad una giustizia riparativa attivabile (ove possibile e sulla base del consenso delle parti) nel contesto di un procedimento penale, distinta da una giustizia riparativa alternativa al sistema penale, che prenda le mosse da situazioni problematiche non integranti tipiche fattispecie di reato. E la Direttiva impone il «riconoscimento» da parte dell'«autore del reato», quale necessaria «condizione di accesso» per proteggere la «vittima» da ulteriore vittimizzazione, che potrebbe ragionevolmente (anche) derivarle dal vedersi direttamente riproposta, in un contatto diretto, una narrazione radicalmente *contraddittoria* rispetto a quella denunciata/veicolata in una imputazione/accertata in una sentenza, con ricadute negative quanto alla bontà dell'esito riparativo.

Non posso che concludere con un rapido esame comparativo riguardo alla partecipazione del minorenne ad attività di mediazione, materia che non può che essere affidata ad apposite linee guida, con l'eventuale supporto del Consiglio d'Europa, in collaborazione con l'Unione Europea [(46)]. Ebbene, la Raccomandazione esaurisce il tema in poche battute: «l'età, la maturità [...] dovrebbero essere prese in considerazione prima di decidere di ricorrere alla mediazione», nel corso della quale ai minorenni, sia autori che vittime del reato, vanno assicurati «il diritto di assistenza parentale» e le altre «garanzie legali» che disciplinano la loro partecipazione al procedimento penale [(47)]. Ancor più esigui i riferimenti al tema nei *consideranda* della

---

[46] Con esclusiva attenzione al campo minorile - dopo la Raccomandazione n°R(87)20 *sulle risposte sociali alla delinquenza minorile*, che della «mediazione» dà una definizione minimale di «procedura di ricomposizione del conflitto da parte dell'organo che esercita l'azione penale» in vista di una rapida uscita del minorenne dal circuito giudiziario (II.§2) - il Consiglio d'Europa se ne occupa, seppure ancora marginalmente, in numerose occasioni, da ultimo il 17 novembre 2010, con le Linee-guida per *una giustizia a misura di minore*. È questo un ampio documento interdisciplinare, di cui qui si può solo evidenziare quanto articolato *sub* IV.B («una giustizia a misura di minore prima del procedimento giudiziario») a proposito di «mediazione», «*diversion* e metodi alternativi di risoluzione delle controversie», attivabili ove servano al meglio «l'interesse superiore del minore» (cfr. §§ 24-26). Nel preambolo, le Linee Guida richiamano i propri precedenti atti in materia, tra i quali meritano una particolare menzione le due seguenti Raccomandazioni: - la R 2003(20), sulle *nuove modalità di trattamento della delinquenza giovanile ed il ruolo della giustizia minorile*, che, tra i «principali obiettivi della giustizia minorile», annovera, pur in ultimo, l' «occuparsi delle necessità [*besoins/needs*] e dell'interesse [*intérêts/interests*] delle vittime» (II.1.), non solo in chiave di *diversion* (seppur implicitamente) riparativa «nei casi in cui la responsabilità sia spontaneamente riconosciuta» (III.8.), ma anche nel contesto di «misure e sanzioni applicabili nella comunità», che «dovranno […], se ciò è possibile, consentire la mediazione [*médiation/mediation*]» (III.8); - la R 2008(11), sulle *regole europee per i minorenni autori di reato destinatari di sanzioni o di misure*, che riprende ad «incoraggiare» il ricorso alla «mediazione e le altre misure riparatorie in tutte le fasi dei procedimenti che concernono minorenni» (regola 12), inclusa l'esecuzione della pena (cfr. regole 44 e 77). Proprio «alla luce» delle Linee guida testé indicate, il 27.11.2013 la Commissione Ue ha pubblicato la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle *garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali* (la scelta dello strumento legislativo indica l'urgenza per l'Ue di una sicura convergenza degli Stati membri sui diritti fondamentali del minore nel processo penale). Mi limito al rinvio all' art. 7, sul «diritto a una valutazione individuale», e all'art.19, sulla «formazione» (anche) degli «operatori che offrono servizi di sostegno o di giustizia riparatoria, onde garantire che i minori siano trattati con rispetto, imparzialità e professionalità». Sulla proposta si veda Salazar, *Presto una direttiva dell'Unione sui diritti processuali del minore autore di reato*, in *Dir. e giust. min.*, 2015, n. 1, *www.dirittoegiustiziaminorile.it.*

[47] Cfr. artt. 8, 12 e 15 della Racc. (99)19. Le citate Linee-guida del CEPEJ vi si soffermano più analiticamente: formazione dei mediatori anche per acquisire abilità specifiche nei casi di mediazione in cui siano coinvolti minorenni (§20); previsione di tutele e garanzie procedurali relative alla partecipazione dei minorenni al processo di mediazione adeguate alle loro particolari esigenze di sostegno e protezione (§ 24); monitoraggio delle esperienze al fine di stabilire le linee guida specifiche per la partecipazione dei minori

Direttiva, e con esclusivo riferimento al minorenne «vittima» di reato [48]: «età» e «maturità» sono annoverate tra i fattori di cui si deve tener conto nei «contatti» anche con i servizi di giustizia riparativa [49].

5. *Gli spazi applicativi della giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Cenni comparativi con la normativa penale comune e di pace*

Colloco sullo sfondo la Direttiva – che dunque richiamerò solo per necessario raccordo - per occuparmi degli istituti introdotti dal d.P.R. 22.11. 1988, n.448 (*disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*: d'ora innanzi *disp. min.*), esaminando in particolare l'*irrilevanza del fatto* di cui all'art. 27 [50] e la *messa alla prova*, prevista dall'art. 28 e già munita di conferente varco normativo, con l'attribuzione giudice del potere di «impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa».

Per euristico contrappunto a tale ultimo istituto, farò cenno al *probation* giudiziale per imputati adulti, che, oltre al «lavoro di pubblica utilità», comporta «la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato», unitamente all'«affidamento dell'imputato al servizio sociale» per lo svolgimento di un «programma», che deve anche prevedere «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa» [51]: assai evidente,

alla mediazione in materia penale (§ 25), che dovrebbero includere «a. l'importanza dell'età o maturità mentale, e le conseguenze del coinvolgimento del minore nella procedura di mediazione; b. il ruolo dei genitori, in particolare in quelle situazioni in cui i genitori possono rifiutarsi di partecipare alla mediazione; c. il coinvolgimento di assistenti sociali, psicologi e/o tutori legali nei procedimenti di mediazione in cui i minori sono presenti» (§ 26).

48 In generale, se la vittima è minorenne (presuntivamente ad alto rischio di «vittimizzazione secondaria e ripetuta»: cfr. considerando n. 57), la Direttiva impone che ne sia considerato «innanzitutto» «l'interesse superiore» e operata «una valutazione individuale»: cfr. l'art. 1 della Direttiva; v. anche *consideranda* nn. 14, 42, 54.

49 Cfr. considerando n. 9.

50 Forma di *diversion* garantita, adattata al nostro sistema ad azione penale obbligatoria, e già importata - rimodulata nel nome e nella struttura - prima nella giustizia penale di pace con il d.lgs. 28.8.2000, n. 274 (art. 34: *esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto*), poi nel sistema penale comune con d.lgs. 16.3. 2015, n. 28 (art. 131 *bis* c.p.: *esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*). Per una analisi comparativa, si veda Spangher, *L'irrilevanza del fatto*, in *Dir. e giust. min.*, 2015, n.1, *www.dirittoegiustiziaminorile.it.*; Id., *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, 2015, n. 8 (web).

Peraltro, è nell'art. 29, comma 4, del primo provvedimento legislativo che esordisce il termine «mediazione» nel nostro sistema penale: «Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti», svolgendo un'opera diretta (che punta ad un epilogo remissorio, raggiungibile anche senza un'attività di mediazione), ma, «qualora sia utile per favorire la conciliazione», anche avvalendosi «ove occorra» - inciso da interpretare alla luce della Direttiva - «dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio» (che mira invece a riattivare la comunicazione tra i configgenti, ed il cui esito positivo, almeno in teoria, potrebbe anche non implicare un accordo sulla chiusura del processo). È evidente il progresso rispetto all'algida "verifica" della volontà definitoria delle parti prevista dall'art. 555 c.p.p. ad opera del giudice monocratico, prima dell'apertura del dibattimento, preferito al più tempestivo e 'dinamico' pubblico ministero (cfr. art. 564, 1° comma, c.p.p., la cui abrogazione non ne impedisce comunque l'opera) per un astratto scrupolo di 'geometria'processuale, a mio sommesso avviso, ma non di un autorevole dottrina, per la quale invece non s'addice al p.m. «la maschera del pacificatore»: v. Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 630.

51 Cfr., in particolare, gli artt. 464 *bis*, comma 4, c.p.p. e 141 *ter*, comma 3, norme att. c.p.p. La *messa alla prova* per gli adulti, introdotta dal capo II della Legge 28 aprile 2014, n. 67, pur per alcuni profili

oltre all'obiettivo di deflazione, l'orientamento alla riparazione, in alternativa al modello retributivo. Non mancheranno, infine, riferimenti distintivi all'affidamento in prova al servizio sociale, istituto previsto dall'art. 47 della legge n. 354 del 1975 (in seguito *ord. penit.*, normativa applicabile «anche agli autori di reato commessi durante la minore età sottoposti a misure penali» [52]), nel cui ambito, e sin dal testo originario, è disposto «che l'affidato si adoperi in favore della vittima» [53].

Si deve dunque preliminarmente sottolineare come le condotte riparatorie in favore della persona offesa, aperte all'adesione dell'indagato nelle prassi orientate alla mediazione-riparazione che precedono la richiesta di *irrilevanza del fatto* nel corso delle indagini preliminari, nell'ambito del *probation* sono attivate con «prescrizione» del giudice, il che ha indotto taluni commentatori a ritenerla "paradossale" [54]: queste condotte non potrebbero che prosperare nella spontaneità e svanire di senso se prescritte dal giudice. A ben vedere, quando ci si muove in prospettiva mediativa e nel contesto di un articolata messa alla prova rivolta ad un richiedente/consenziente imputato, la prescrizione non ha (e non può avere per la presunzione di innocenza) contenuto sanzionatorio, ma assume valenza di prevista etero-integrazione del «progetto di intervento», sulla cui base viene preso il provve-

strutturali simile a quella minorile, se ne discosta per i notevoli limiti soggettivi e oggettivi di operatività e per la non reiterabilità della misura, dando luogo altresì ad un percorso radicalmente alternativo alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito. Si tratta dunque di una misura premiale e deflativa (e molto poco decarcerizzante), ma anche tendente alla ricomposizione della lacerazione creatasi nel tessuto sociale, ridimensionandola attraverso la mediazione (ove possibile) e lo svolgimento di condotte riparatorie (con un ruolo almeno interlocutorio della persona offesa).

[52] Cfr. art. 79 ord. penit., che soggiunge: «fino a quando non sarà provveduto con apposita legge». Stante la perdurante inerzia legislativa, più volte la Corte Costituzionale (cfr. sentenze n. 168 del 1994, n. 109 e n. 403 del 1997, n. 16, n. 324 e n. 450 del 1998, n. 436 del 1999) ha dovuto censurarne numerose norme nella parte in cui impedivano alla magistratura di sorveglianza minorile un trattamento rieducativo particolarmente individualizzato del condannato a pena detentiva, di cui è massima espressione proprio il c.d. *probation* penitenziario, davvero sussidiario rispetto a quello processuale, ma pur di prioritaria scelta tra le alternative al carcere.

[53] Conviene far cenno all'istituto, nella sua valenza riparatoria, anche perché implicato nell'esecuzione della «libertà controllata», prevista dall'art. 56 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che opportunamente anticipa alla fase della cognizione una acerba risposta sanzionatoria differenziata «sostitutiva della pena detentiva» . Infatti, all'art. 75, 2° comma, la legge prevede che, nei confronti di coloro che hanno commesso il reato durante la minore età, detta pena sostitutiva sia eseguita nelle forme dell'*affidamento in prova al servizio sociale* (previste dal 5° all'11° comma dell'attuale art. 47 *ord. penit*.), con conseguente possibilità di imporre anche al libero controllato la prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima del suo reato». Peraltro, per il combinato disposto degli artt. 30 e 32, *disp. min*., il giudice dell'udienza preliminare minorile, se vi è richiesta del pubblico ministero e previo consenso alla definizione del processo in questa fase, può condannare alla libertà controllata, sostitutiva di pena detentiva sino a due anni (e senza esclusioni: v. Corte cost., sentenza n. 16 del 1998), pena cui è possibile giungere partendo da alti valori edittali, data la obbligatoria, corposa diminuente di cui al comma 2, art. 32 cit., e così anche per fatti di una certa gravità e in tempi che rendano ancor proponibile l'attivazione di un servizio di giustizia riparativa o, almeno, sensate condotte rieducativo-riparatorie.

[54] Il tema si è posto anche con riferimento alla doverosa «prescrizione di adoperarsi in favore della vittima» nell'ambito dell'affidamento in prova al servizio sociale, ma le successive considerazioni possono valere in certa misura anche per tale prescrizione, che si colloca nel ben diverso quadro dell'esecuzione della pena. Sulla "paradossalità" che connoterebbe il trattamento finalizzato alla rieducazione (e, a maggior ragione, alla riparazione "da fare a qualcuno"), cfr. gli antesignani Watzlawick – Weakland - Fisch, *Change: la formazione e la soluzione dei problemi*, Roma, 1974, 80 ss. e 97 ss., per i quali l' adesione collaborativa ad esso e il rapporto di fiducia tra servizi affidatari e condannato sarebbero minati da «paradossi che insorgono quando si vuole controllare la mente degli altri», per cui «sembra preferibile stabilire un prezzo da pagare per una trasgressione, cioè una pena, anziché tormentare la mente del trasgressore».

dimento [55] a norma dell'art. 27, d.lgs. n. 272 del 1989 (recante norme di attuazione del d.P.R. 448/88, d'ora innanzi *disp.att.min.*). Si tratta di un tema discrezionalmente imposto dal giudice, che evoca pur sempre «impegni», e nella consapevolezza, sì, della possibilità di adesioni strumentali e non solo da parte dell'«autore di reato» [56], ma anche della impossibilità di certificare la purezza della motivazione ad attività riparative delle conseguenze comunque dannose della propria condotta (al pari della motivazione a qualsiasi altro «impegno» responsabilizzate, previsto nel «progetto di intervento»), salva la valutazione (*in itinere* o finale) dell'effettivo svolgimento (anche) di tali attività. A mio avviso è ragionevole non opporre l'atteggiamento strumentale a quello spontaneo in valorizzazioni contraddittorie [57], ma piuttosto analizzarne le interazioni, le rispettive funzionalità in ordine ad un accettabile concordato progetto di responsabilizzazione. Bisogna dunque abbandonarne una visione "pura" e astratta, per accedere invece alla realistica comprensione dei variegati meccanismi che strutturalmente intrecciano l'inevitabile "duplice" atteggiamento dell'imputato, non sottovalutando, soprattutto, le positive dinamiche che possono scaturire da un qualificato e riservato contesto mediativo.

Ciò chiarito, se da lungo tempo la giustizia penale minorile si caratterizza per la promozione di attività di mediazione - che tuttora «tiene il grido» tra i «servizi di giustizia riparativa» -, coltivando gli spazi normativi più o meno espliciti offerti dalle menzionate disposizioni, si rende necessario oggi un ripensamento di talune afferenti prassi che l'hanno intesa solo come un ulteriore strumento per l'educazione dell' «autore di reato» commesso durante la minore età, anziché - come correttamente configurata dalla Direttiva - un «servizio» cui «si ricorre […] soltanto se […] nell'interesse della vittima» maggiorenne e, *a fortiori*, minorenne [58].

In verità v'è spazio per entrambe le configurazioni, purché in corretto ordine crono-metodologico. L'*interesse superiore del minore*, se si affronta il tema della partecipazione ad un «procedimento di giustizia riparativa» (e prima del vaglio delle relative condizioni di fattibilità), non può che imporne una valutazione di adeguatezza alle sue «condizioni e risorse» ed «esigenze educative» [59]. Soltanto in

[55] Cfr. art. 27 disp.att.min.. Ho sopra già evidenziato come invece nella messa alla prova per adulti le condotte riparatorio-risarcitorie e volte, ove possibile, alla mediazione, siano *ope legis* direttamente individuate quali necessari contenuti nel «programma di trattamento». Mi limito qui a rilevare che numerosi sono gli spunti lessicali che la legge istitutiva del *probation* per adulti offre a chi voglia intenderlo come una sorta di affidamento in prova al servizio sociale "patteggiato", snaturando l'istituto ed esponendolo al rischio di una problematica compatibilità con i principi costituzionali in materia penale. Per una chiarificazione su natura e scopo dell'istituto, cfr. Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Archivio penale*, n. 2, 2015 (*web*)

[56] Non è irragionevole ipotizzare una adesione strumentale anche della «persona offesa», che, attraversata da vissuti vendicativi e certo non serena rispetto all'autenticità dell'azione riparativa, possa approfittare della raggiunta posizione di forza, per neutralizzare la sospettabile strategia egoistica dell'offensore o anche solo per giocare un "ribaltamento di ruolo", di cui una sproporzionata pretesa risarcitoria può essere epifenomeno.

[57] Peraltro, questo atteggiamento non solo può indurre a decisioni cognitivamente inaffidabili chi deve proporre un «procedimento di giustizia riparativa» o valutarne la fattibilità, ma viepiù vena di ipocrisia antieducativa l'adesione al percorso da parte dell'«autore del reato».

[58] Cfr. art.12 della Direttiva.

[59] La valutazione, sulla base degli accertamenti "personologici" disponibili, è in prima battuta dell'autorità giudiziaria procedente, salvo, dopo l'invio, l'ulteriore filtro affidato al mediatore in sede di colloqui preliminari ed anche in eventuale corso d'opera. Si può qui evidenziare inoltre che soltanto durante il processo appare sensata la premura garantistica della Racc. (99)19 (IV.9), secondo la quale «la decisione di rinviare un caso alla mediazione penale [...] dovrebbe essere di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria»: del pubblico ministero durante le indagini preliminari e - se non v'è invio da parte del magistrato

caso positivo [60] si potrà procedere alla sua assistita "audizione" e, ove abbia liberamente «riconosciuto i fatti essenziali del caso», ad acquisirne informato consenso all' attività di mediazione, per poi, esperito anche tale ultimo passaggio, valutare in concreto l'interesse della persona offesa a parteciparvi, previo informato e libero suo consenso [61].

Adattamenti al contesto minorile si impongono anche sul piano della nozione di «riparazione» delle «conseguenze del reato» [62] che, ancor più che nella messa alla prova per gli adulti, non è certo riducibile al risarcimento economico, ma postula la messa a fuoco di altre congrue condotte riparatorie [63], più marcatamente orientate

requirente - del giudice (per le indagini preliminari nell'udienza camerale a seguito di richiesta di sentenza per *irrilevanza del fatto*, dell'udienza preliminare e del dibattimento). Nella esecuzione penitenziaria, invece, non si pongono problemi di garanzia all'acquisizione da parte dell'ufficio di servizio sociale della giustizia o del «gruppo di osservazione e trattamento» sia del «riconoscimento dei fatti essenziali» che del consenso libero e informato dell'autore del reato, né al successivo invio ad un centro pubblico o privato di giustizia riparativa, che, acquisito l'eventuale consenso della vittima, possa poi effettuare l'intervento. Peraltro, allo stato delle attuali disposizioni che regolano il procedimento di sorveglianza, né il giudice né il rappresentante dell'ufficio del pubblico ministero hanno contatto con la vittima, ma solo con l' autore del reato: l'esito positivo della mediazione e l'eventuale accordo riparativo saranno poi trasmessi (unitamente alla relazione del servizio sociale della giustizia o dell' *equipe* penitenziaria) al giudice di sorveglianza procedente su richiesta di misura alternativa.

60 Si è discusso in dottrina sulla applicabilità nel procedimento minorile degli istituti di cui agli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 274 del 2000 cit. (i cui artt. 4, ultimo comma, e 63, comma 1, pongono espressamente il tema), e certo il problema non mancherà di porsi anche a proposito degli istituti previsti dai provvedimenti legislativi n. 67 del 2014 e n. 274 del 2015. Non è certo possibile approfondire in questa sede ma è evidente come tali meccanismi non siano proprio compatibili con la preliminare valutazione della personalità e delle esigenze educative dell'«autore di reato» commesso durante la minore età, tacendo della focalizzazione dei suddetti istituti sul *danno* anziché sul *fatto* (sulla distinzione v. Bouchard, *Offesa e riparazione*, Milano, 2005, 167 ss.), ragioni per le quali ritengo che il carattere di specialità degli istituti minorili debba prevalere: cfr. Cesari, *sub* art. 28, in Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, *commento al d.P.R 448/1988*, Milano, 345 ss. Per contro, (almeno) l'art 3 Cost. impone che, quando il Tribunale per i minorenni giudichi un reato di competenza del giudice di pace, debbano irrogarsi le più miti sanzioni previste dal d.lgs. n. 274: v., da ultimo, Cass., sez. V, 3 aprile 2013, P.G. in proc. D. F., in *Mass. Uff.*, 255766.

61 Quanto al problema testé analiticamente affrontato (definibile come "conflitto apparente tra due superiori interessi"), le Linee-guida per «*una giustizia a misura di minore*» del 2010 indicano un metodo in via generale: «l'interesse superiore di tutti i minori interessati da uno stesso procedimento o causa dovrebbe essere valutato separatamente e soppesato nell'intento di conciliare eventuali interessi confliggenti dei minori» (III.B.3.); vedi anche sub III.B. e III.E., in cui perspicuamente si bilanciano principio di legalità e di benificità.

62 Non essendo l' accertamento della responsabilità penale previsto quale presupposto della *messa alla prova*, per «reato» deve intendersi, conformemente al principio di cui all'art 27, comma 2, Cost., il fatto veicolato in una solida imputazione (*id est*, difetto dei presupposti per emettere sentenza di non luogo a procedere/di non doversi procedere/di assoluzione, alla luce dei diversi parametri di giudizio previsti per le rispettive fasi processuali), riconosciuto dall'imputato nella sua materialità come fonte di conseguenze da riparare, tale riconoscimento essendo implicato dalla disponibilità alla/dalla richiesta della misura sospensiva del processo, che tali condotte riparatorie può comportare, come deve essergli «illustrato» dal giudice a norma dell'art.1, comma 2, disp. min. Il tema sarà approfondito nei successivi paragrafi.

63 A mo' di esemplificazione, l'esperienza ci indica un accordo riparatorio nelle forme di una particolare attività da svolgere in favore della vittima o della comunità, ma anche dello stesso «autore del reato» ove il fatto sia connesso a sue condizioni personali (come, ad esempio, l'adesione ad un programma terapeutico), oppure un accordo sul rimborso delle spese per ripristino/sostituzione di beni danneggiati o per terapie necessarie alla persona offesa a seguito del reato. Invero, per fatti di non grave entità o nei c.d. delitti di relazione, non infrequenti tra i giovani, la stessa ripresa della comunicazione, in un clima veritativo e di reciproco riconoscimento, porta di per sé ad un esito positivo della mediazione, pur apprezzabile dal giudice (confluendo nel compendio degli elementi valutabili alla stregua dei parametri di legge) nella valutazione

alla rassicurazione della persona offesa ed alla riconciliazione, anche attraverso impegni concordati. L'esito positivo della mediazione, senza perdere la propria autonoma valenza, potrà così dar corpo anche ad un 'dinamico' elemento di valutazione anche della «evoluzione della personalità», obiettivo del *probation* minorile.

6. *L'opzione di fondo del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. L'irrilevanza del fatto*

Prima di procedere all'esame dell'istituto nel quale può più precocemente rifluire l'eventuale esito positivo delle attività di mediazione-riparazione e per meglio comprendere come, nonostante l' assenza di una espressa previsione normativa, abbiano potuto per via prassica (assai feconda in taluni casi, ma, oggi, bisognosa di "istituzionalizzazione") radicarsi sin dalla fase delle indagini preliminari del procedimento penale minorile, occorre prendere le mosse dalla revisione operata con la nuova normativa sul processo penale minorile del cosiddetto *paradigma eziologico* [(64)] cui si ispirò il r.d.l. n. 1404 del 1934 (istitutivo del tribunale per i minorenni), il cui art. 11 richiedeva retrospettivi accertamenti centrati sui «precedenti personali e familiari dell'imputato, sotto l'aspetto fisico, psichico, morale e ambientale», al fine di «determinare la personalità del minore e le cause della sua irregolare condotta» [(65)].

Si cambia rotta con l'art. 9 disp. min, tacitamente abrogativo della precedente disposizione: «il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne, al fine di accertare l'imputabilità, il grado di responsabilità e valutare la rilevanza sociale del fatto» [(66)]. È evidente anzitutto come l'attenzione si focalizzi non più su

della *irrilevanza del fatto* o dell'esito della *messa alla prova.*

64 Con questa locuzione si designa il fulcro teorico del positivismo criminologico come "osservazione scientifica" delle cause biologiche, psicologiche e sociali del crimine finalizzata al "trattamento" del condannato, modello elaborato nella seconda metà dell'Ottocento.

65 L'«irregolarità della condotta o del carattere» dei minorenni è anche il presupposto per l'applicazione della datata (non solo in senso cronologico) misura dell'«affidamento al servizio sociale» prevista dall'art. 25 del r.d.l. n. 1404 cit. e finalizzata alla loro «rieducazione», attraverso la «sottoposizione» a «prescrizioni» (relative all'istruzione, alla preparazione professionale, al lavoro, all'utilizzazione del tempo libero, ad eventuali terapie), oltre che alle «direttive» del servizio sociale. Si tratta di misura «amministrativa» (che va doverosamente adeguata all'attuale assetto costituzionale e alla luce della nuova normativa di settore), collocata dunque fuori dal procedimento penale, pur se da questo può trarre occasione, sia esso in corso (quando non sia possibile una misura cautelare), sia esso definito (in caso di proscioglimento «per difetto di capacità di intendere e di volere, senza che sia applicata una misura di sicurezza» o «quando è stato conceduto il perdono giudiziale o la sospensione condizionale della pena»). È agevole scorgervi il prodromo (seppur disciplinare/paternalistico) dell'*affidamento in prova* di cui all'art. dall'art 47 ord. penit., che configura un «trattamento rieducativo» tendente al «reinserimento sociale» e adeguato «ai particolari bisogni di ciascun soggetto» in relazione alle «cause dei disadattamento» rilevate nell'«osservazione», «svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive» (art. 15), nonché della partecipazione all'azione educativa della comunità esterna (art. 17). Siamo nel modello positivistico, pur nella versione c.d. umanistica e non più medicale-autoritaria (per la cui feroce critica epistemologica cfr., per tutti, FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976, 12 ss., 246 ss.), modello in crisi ma ancora dominante, oggi laicamente intessuto di istituti ri-educativo-riparatori e aperto, ove possibile, ad innesti di giustizia riparativa *stricto sensu*.

66 A tal fine è consentito all'autorità giudiziaria minorile non solo di «sentire il parere di esperti, senza alcuna formalità» - come in passato - ma di «assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti» con l'indagato/imputato, utili anche al fine di valutarne le «condizioni e risorse» per l'invio al mediatore, ed acquisibili non solo per il tramite dei servizi sociali della giustizia e degli enti locali, delle sezioni specializzate di polizia giudiziaria, ma anche degli esperti di qualificati centri pubblici o privati di mediazione.

deterministici «pre-cedenti» ma, pragmaticamente, sulle attuali «condizioni», quindi anche sui valorizzabili «processi educativi in atto», e «risorse», e così anche sui «processi educativi» attivabili, anche modernamente responsabilizzanti [67]. Inoltre, si amplia lo spettro finalistico delle indagini "personologiche": l'autorità giudiziaria acquisisce elementi, oltre che per accertare «l'imputabilità e il grado di responsabilità» (formula davvero innovativa quest'ultima, soprattutto se letta in sinergia con il tradizionale vocabolo che la precede), per «valutare la rilevanza sociale del fatto» al fine di disporre nei confronti dell'«autore del reato» le adeguate «misure penali», ben più articolate che nel precedente regime. Tra queste la riforma include la (anche onomasticamente) connessa *irrilevanza del fatto*, pronunciata con sentenza del giudice, su richiesta del pubblico ministero «durante le indagini preliminari [68], se risulta la tenuità del fatto [69] e l'occasionalità del comportamento [...] quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne». In particolare, la valutazione della «rilevanza del fatto», e segnatamente della sua «tenuità» [70], non può che farsi anche con riferimento al pregiudizio subito (e per come vissuto) dalla «persona offesa», come implicato dall'art. 27 *disp. min.*, che significativamente prevede il dovere del giudice per le indagini preliminari di sentirla, unitamente al minorenne indagato (e, se non divenuto maggiorenne

---

[67] La locuzione «processo educativo» è nell'art. 19 d.P.R. 448, che si occupa delle misure cautelari minorili, inversamente proporzionali a quelle promozionali. La ponderazione, in abito minorile, deve essere particolarmente scrupolosa, e questa parola ci porta allo "scrupolo" anche nel significato della più piccola unità di misura con cui, in altri tempi, il farmacista usava la sua bilancia per evitare che il farmaco si tramutasse in veleno.

[68] Se, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 9 maggio 2003, l'*irrilevanza del fatto* può essere pronunciata in qualsiasi fase, è durante le indagini preliminari (solo su richiesta del pubblico ministero), a breve distanza dal fatto, che quest'epilogo trova all'evidenza la sua sede elettiva. In particolare, nei casi non gravi in cui siano subito valutabili le condizioni soggettive e oggettive di un intervento di giustizia riparativa, la sofferenza è ancora viva nella persona offesa che ha così urgente bisogno di risposta rassicurativa/ristorativa; e, dal canto suo, l'offensore, che non si sia dichiarato estraneo alla vicenda e se ne senta in qualche misura e per qualche rispetto responsabile, può essere disponibile a farsene carico nel modo meno strumentale possibile. Insomma, l'attività di mediazione è tanto più efficace quanto meno le parti siano mosse da un approccio difensivo, che tende a cristallizzarsi nel prosieguo del procedimento: cfr. Battacchi - Codispoti, *La vergogna*, Bologna, 1992, 73 ss.

[69] La disposizione richiama l'attenzione sul «fatto» concreto e non sull'astratto titolo di reato, su un fatto «tenue» nella sua complessità, sia riguardo alle modalità e conseguenze dell'offesa che sotto il profilo della intensità del dolo e grado della colpa. Sono questi tutti aspetti che, se "dinamicamente" affrontati in sede di mediazione, possono portare le persone offese ad atteggiamenti non oppositivi, sicché la decisione possa rispecchiarne la ridimensionata reazione all'offesa.

È appena il caso di rilevare che, senza interposizioni mediativo-riparatorie introdotte da analoghe virtuose prassi nel corso delle indagini preliminari (fase che offre maggiori opportunità di un confronto anche costruttivo tra persona offesa e indagato), i pur commendevoli istituti della *particolare tenuità del fatto* introdotti dai succitati d.lgs. n. 274 del 2000 (art. 34, commi 2 e 3) e n. 28 del 2015 (artt. 411, comma 1 *bis* e 469, comma 1 *bis*, c.p.p.) sono destinati ad una limitata applicazione o, all'opposto e ancor peggio, a risultati di deflazione del carico del sistema della giustizia penale ma a costo di una sua pericolosa, ulteriore delegittimazione.

[70] Se «la *ratio* della previsione contenuta nel d.P.R. n. 448 del 1988, art. 27, è di consentire la estromissione […] più possibile sollecita dal circuito penale di condotte devianti, le quali […] per la loro tenuità ed occasionalità […] appaiano destinate a rimanere nella vita del minore un fatto episodico e ad essere autonomamente riassorbite» (Cass., sez. VI, 25 maggio 2011, S., in *Mass. Uff.*, 250734), quando il conflitto è con una particolare persona e viene "riassorbito" in una mediazione, ne è chiara inoltre la rispondenza alle esigenze di prevenzione del pericolo di «vittimizzazione ripetuta», e così la valenza ai fini di una più fondata valutazione anche del requisito dell' "occasionalità".

nelle more, all'esercente la responsabilità genitoriale), prima di provvedere sulla richiesta di sentenza di «non luogo a procedere». Ebbene, proprio facendo leva sugli «accertamenti» estesi alla «rilevanza del fatto» e sulla necessaria audizione della persona offesa, non poche prassi giudiziarie hanno introdotto previe attività di mediazione [71], il cui esito positivo, immutati i presupposti di legge cui deve ancorarsi il giudice, non può che influire sulla loro valutazione, con particolare riferimento al requisito della «tenuità del fatto», letto in chiave dinamica come "attenuato" dall'eventuale epilogo riconciliativo-riparatorio.

Richiamato dunque quanto esposto sul complesso vaglio in ordine alla valutazione di opportunità e alla verifica delle condizioni di accesso al servizio di giustizia riparativa, il pubblico ministero, che abbia inviato le parti ad una "attività di mediazione" conclusasi positivamente [72], anche su tal rilievo può far richiesta al giudice delle indagini preliminari di sentenza di non luogo a procedere per *irrilevanza del fatto*, se non di archiviazione per remissione della querela, ove intervenuta a seguito della mediazione, rispetto alle fattispecie di reato che tale epilogo consentano [73].

Non posso concludere l'esame dell'istituto senza rilevare che l'intervento di «giustizia riparativa» *stricto sensu* non esaurisce quel che si può subito fare. Nei c.d. reati con vittima individuale quando la mediazione sia "infattibile" per indisponibilità della persona offesa o per altre ragioni afferenti alle condizioni/risorse delle parti, ma anche nei c.d. reati senza vittima (*id est*: "reati con vittima collettiva o diffusa"), v'è e vi deve essere (per evitare un trattamento diseguale) spazio per impegni riparativi *latu senso* in chiave responsabilizzante, e così apprezzabili dalla autorità giudiziaria minorile, cui comunque preme, nei casi in cui è possibile, una rapida fuoriuscita dell'indagato dal circuito penale, realizzabile anzitutto con l'applicazione dell'art. 27 disp. min. Più in particolare, nella prima ipotesi (infattibilità della mediazione) la volontaria attività educativo-riparatoria può essere svolta in favore di soggetti diversi dalla persona offesa che per condizioni/contesto la evochino (una attività concordata per il tramite dei servizi sociali con un ente esponenziale), che consenta così all' indagato di riflettere sulla propria riconosciuta condotta e

---

71 Come auspicato dalla citata Raccomandazione n°R(87)20, ove si incoraggia «lo sviluppo di procedure di *diversion* e di mediazione da parte dell'organo che esercita l'azione penale, al fine di evitare ai minori la presa in carico da parte del sistema della giustizia penale e le conseguenze che ne derivano». Alla Raccomandazione, ed in particolare «alla cosiddetta mediazione […] avente lo scopo di ricomporre il conflitto fra minorenne offensore e vittima, e di responsabilizzare i giovani autori di reato», fa riferimento anche la "*Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*" — in *Gazz. Uff.*, serie generale, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord., n. 2, 2. — che tuttavia la ritiene «recepita e resa possibile» solo con riferimento alla previsione delle prescrizioni riparativo-conciliative nell'ambito del *probation* di cui all'art. 28, comma 2, disp. min.

72 Come già evidenziato, il mediatore deve limitarsi ad una relazione sintetica in cui si enunci l'esito positivo o meno della mediazione e l'eventuale ("assistito") accordo riparativo (se v'è consenso), senza cenno alle dichiarazioni rese o gli atteggiamenti manifestati dalle parti nel corso dell'esperienza o alle ragioni dell'eventuale esito negativo.

73 Se a seguito della riuscita mediazione le parti decidono anche di chiudere sul nascere il processo penale (con remissione della querela e sua accettazione), questa volontà è insindacabile dal giudice, che dovrà pronunciare decreto di archiviazione all'unica condizione che il reato possa effettivamente qualificarsi come procedibile a querela. Solo se il reato è procedibile d'ufficio o a querela non rimessa (caso raro ma teoricamente possibile nonostante l'esito positivo della mediazione), il giudice sarà chiamato ad affrontare (seppur allo stato degli esigui atti) il tema dell'accertamento della responsabilità e, in caso affermativo, a valutare se e in che misura l'esito positivo della mediazione e l'eventuale accordo riparativo possano incidere sull'applicabilità dell'*irrilevanza del fatto* alla luce dei parametri normativi.

di responsabilizzarsi. Quanto poi ai c.d. reati senza vittima, come - per fare esempi molto ricorrenti - il danneggiamento di strutture pubbliche e i reati relativi alla circolazione stradale o alla disciplina degli stupefacenti (di lieve entità, commessi da tossicodipendente *et sim*.), possono costituire rispettive attività educativo-riparatorie (sempre concordate con i servizi sociali) quelle di cura/manutenzione di altre analoghe strutture pubbliche, «nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale» o in attuazione di un programma terapeutico: insomma, attività scelte, nella misura possibile, in maniera tale che abbiano una certa relazione col fatto riconosciuto nella sua materialità come fonte di pregiudizio per la comunità e con le conseguenti aspettative di sicurezza della stessa.

7. *La messa alla prova*

«Quando ritiene di dover valutare la personalità del minore», «il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del procedimento e messa alla prova» per un «periodo» massimo che varia a seconda della gravità edittale ma per qualsiasi tipologia di reato [74] (e senz'altra preclusione afferente alla sfera soggettiva, e neppure alla reiterabilità della misura), con «affidamento» dell'imputato ai servizi minorili della giustizia «per svolgimento delle opportune attività di osservazione, trattamento [75] e sostegno»: il giudice pronuncia sentenza di «estinzione del reato se «l'esito della prova» è «positivo» [76], tenuto conto del «comportamento del minorenne e dell'evoluzione della personalità».

La misura può essere dunque disposta anche d'ufficio non essendo condizionata alla richiesta dell'interessato, ma è di «indubbio "peso"» [77] la sua disponibilità, a ben vedere logicamente indefettibile, dovendo il giudice provvedere «sulla base di un progetto di intervento elaborato dai servizi minorili della giustizia, in collabo-

---

[74] A seguito della sentenza della Corte cost. 1990, n. 412, il d.lgs. 1991 n.12 ha esteso l'applicabilità dell'istituto anche alle ipotesi di reati punibili con la pena dell'ergastolo (la stessa Corte, con sentenza 1994 n.168, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 cod. pen., nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile). Evidente dunque è il modesto rilievo alla astratta gravità del reato, a differenza che in altre pur evolute legislazioni europee che precludono l'ammissione a misure analoghe ai minori autori per gravi tipologie criminose, a conferma della tradizionale scissione operativa inerente al significato di persona, tra l'aspetto spirituale e l'aspetto materiale, quest'ultimo, oltre una certa soglia, più garantito nel sistema giuridico: cfr. Catarsi - Pampaloni, *Giudice/educatore*, Firenze, 1994, 107 ss.

[75] Il vocabolo, che evoca in prima battuta l'applicazione di un tecnica ad un "oggetto", è pigramente tratto dall'ordinamento penitenziario, che tuttavia distingue il «trattamento rieducativo» (attuato nei confronti dei «condannati» e diretto, con la loro collaborazione, a promuoverne «un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale»: cfr. artt. 1, comma 4, 13, 15, commi 1 e 2, ord. penit. e artt. 1, comma 2, 27, 28, 29 del d.P.R. n. 23 del 2000 - *regolamento recante norme sull'ord. penit.*, d'ora innanzi *reg.penit.*) dal «trattamento degli imputati […] rigorosamente informato» alla presunzione di innocenza e che consiste nell' ammissione «a loro richiesta a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative […] lavorative o di formazione professionale», in altri termini «nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali» (cfr. artt. 1 e 15 ord. penit.). La non felice espressione è comunque abbandonata dall'art. 27 disp. att. min., che, come già rilevato, ricorre alla più neutra (e compatibile con la presunzione di innocenza) locuzione «progetto di intervento».

[76] Cfr. art. 29 *disp.min.*.

[77] Così Corte cost., sent. 1995, n. 125, cit., che ha ritenuto il potere officioso del giudice coerente con «finalità di recupero del minore deviante». Segnalo per comparazione come la *messa alla prova* per l'imputato adulto presupponga esplicitamente la sua richiesta e che, proprio per verificarne la volontarietà, «il giudice se ritiene opportuno» ne «dispone la comparizione »: cfr. l'art. 464 *quater*, comma 2, c.p.p.

razione con i servizi locali» [78], al quale però danno corpo gli «impegni specifici che il minorenne assume», in difetto dei quali non v'è «progetto» e così manca la necessaria «base» del provvedimento di sospensione [79], ma anche della valutazione dell'esito della prova, configurandosi come parametro condiviso del giudizio sul «comportamento» e sulla «evoluzione» dell'imputato messo alla prova.

Peraltro, non si può non ricordare che, per la Raccomandazione del Consiglio d'Europa in materia di *probation*, «ogni intervento che precede il riconoscimento definitivo della colpevolezza deve essere effettuato con il consenso informato dell'autore del reato e non deve violare la presunzione di innocenza» [80].

Come si è già evidenziato, con l'ordinanza il giudice «può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa» [81], legittimata a «partecipare» all'udienza (sia preliminare che

[78] Cfr.. art. 27 disp. att. min. Sul significato tecnico del termine «intervento» con riferimento alla mediazione, cfr. Pisapia, *La scommessa della mediazione*, in Pisapia – Antonucci, *La sfida della mediazione*, Padova, 1997, 250-254. Se il giudice provvede «sulla base» del progetto, ciò implica che ne è escluso dalla fase formativa, mentre ha ovviamente la potestà discrezionale di decidere la *messa alla prova*, ove ritenga che il provvedimento, anche attraverso gli impegni assunti dall'imputato, possa contribuire alla evoluzione della sua personalità. Le condotte auspicate nel progetto hanno contenuto educativo/riparatorio e dunque non possono che configurarsi come autonomi «impegni» dell'imputato, che tuttavia divengono per lui vincolanti con il provvedimento del giudice. Se gli «impegni» non appaiono idonei a perseguire lo scopo dell'istituto, il giudice può suggerire integrazioni o modifiche del progetto, ma non gli è riconosciuto il potere di prescrivere condotte positive (*comandi*) che ritenga genericamente educative (cfr. Cass., sez. IV, 20 giugno 2014, P.M. in proc. B., in *Mass. Uff.*, 260317; Id., sez. V, 27 settembre 2013, P.M. in proc. G., *ivi*, 259993). Né può il giudice impartire prescrizioni limitative della libertà per evitare il rischio di ulteriori procedimenti penali per condotte analoghe (a quelle per cui pende il processo) senza il consenso dell'imputato (cfr. Cass., sez. VI, 17 marzo 2009, L., in *Mass. Uff.*, 244142), inassimilabili alle prescrizioni (in prevalenza *divieti:* cfr. in part. art. 47, comma 6, ord. penit.) imposte dal giudice di sorveglianza al *condannato* con il provvedimento di affidamento in prova al servizio sociale per «assicurare la prevenzione che il condannato commetta altri reati», in questo ben diverso istituto non rilevando la disponibilità del condannato in raffronto con l'espressa esigenza di tutela della collettività. Sugli antonimi *divieto/comando* cfr. Bobbio, *Norma,* in *Enciclopedia,* Torino, 1980, vol. 9, 885 ss. e Fassone, *Probation,* in *Enc. dir.*, Milano, 1986, vol. 35, 789.

[79] Cass., sez. VI, 20 gennaio 2003, PM in proc. Mancinelli, in *Mass. Uff.*, 223552; Id., sez. V, 15 gennaio 2004, P.M. in proc. Pantano, *ivi*, 227940; Id., sez. II, 8 novembre 2012, P.M. in proc. C., *ivi*, 255067.

[80] Cfr. R(2010)1 cit., *Appendice* I, parte prima, sub *Definizioni*, in particolare *Sanzioni e misure applicate in area penale esterna*, ma anche gli artt. 1, 6 e 7: è significativa la precisazione, riferita al *probation* processuale, anche sul rilievo della precedente regola, secondo la quale «i servizi di *probation cercano quanto più possibile* il consenso informato e la collaborazione degli autori di reato per tutti gli interventi che li riguardano» (corsivo mio).

[81] Si impone qui un primo raffronto con la formula – tanto innovativa quanto elastica– adottata nell'ambito dell' *affidamento in prova al servizio sociale*: il giudice di sorveglianza (anche) minorile «può» stabilire «che l'affidato si adoperi in favore della vittima del suo delitto», così recitava l'originario comma 6 dell'art. 47 *ord.penit.*, mentre l'attuale comma 7, come novellato dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663, lo riproduce con modifiche che vincolano la discrezionalità del giudice, che «deve» imporla «in quanto possibile». Invero, questo inciso è implicito in ogni prescrizione risarcitorio-riparativa, ma nel contesto della norma in esame non può essere certo inteso come attenuativo della doverosità della prescrizione con riferimento alle possibilità economiche del condannato, in quanto il risarcimento ne è solo uno dei mezzi (e se varia il mezzo, varia anche il fine) - a maggior ragione nel procedimento penale minorile, ove è esclusa l'ammissibilità dell'azione civile -, potendo l' «adoperarsi» consistere infatti in qualsiasi forma di sostegno morale o materiale attuabile nel caso concreto (cfr. Cass., sez. I, 23 novembre 2001, Posterà, in *Mass. Uff.*, 220438). Occorre ulteriormente osservare che tale inciso, ove la prescrizione implichi un qualsivoglia contatto con la vittima, postula la verifica, prima ancora che delle condizioni di accesso imposte dalla Direttiva, della metodologia trattamentale prevista dal comma 1, ultimo periodo, dell'art. 27 reg. penit. cit.: su tali temi non posso che rinviare a Rossi, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordina-*

dibattimentale), ove può essere sentita anche al fine di un approfondimento delle «conseguenze del reato» e disporre adeguate misure [82], incluse le suddette prescrizioni [83]. Peraltro, la possibilità di imporle nell'ambito del *probation* è in contraddizione solo apparente con l'inammissibilità dell'azione civile nel procedimento penale minorile [84]: il legislatore ha ritenuto dissonante con la finalità educativa che lo connota non che il minore fosse posto di fronte alle conseguenze dannose della propria condotta, ma la modalità competitiva - di *gioco a somma zero* [85] - con cui affrontare il tema, saggiamente collocato nel contesto della messa alla prova e, ove in essa possibile, di una attività di mediazione, che, proprio in quanto «tende a ristrutturare il rapporto nella sua complessità, mutandolo in cooperativo» [86], può nel contempo contribuire anche a «sensibilizzare l'autore di reato al danno arrecato alle vittime e condurlo ad assumerne la responsabilità» [87]. È evidente infatti come nei c.d. reati con vittima individuale la «riparazione delle conseguenze del reato» acquisti particolare significato se concordata nell'ambito della «conciliazione» «promossa» dal giudice, che verificate le condizioni di un siffatto orientamento (anche alla luce delle «condizioni di accesso» dettate dalla Direttiva), rinvii l'udienza per l'elaborazione di un coerente «progetto», ove dovranno essere previste anche le «modalità di attuazione» con l' attivazione di un centro di mediazione [88].

Si può inoltre segnalare che quando sia impraticabile l'attivazione di «procedimenti di giustizia riparativa» *stricto sensu* nei c.d. reati a vittima individuale o si tratti di c.d. reati senza vittima, sempreché nel «progetto di intervento» non sia già prevista una congrua attività riparativa *lato sensu*, il giudice «può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato», dalla norma non specificate come «dannose o pericolose» proprio per estenderne la portata [89] e così consentir-

mento penitenziario, in *Archivio Penale*, maggio-agosto 2015, fasc. 2.

[82] La persona offesa è sentita se «necessario ai fini indicati nell'art. 9»: cfr. artt. 31, comma 5 e 33, comma 4, disp. min.

[83] Si evidenzia che la già richiamata Raccomandazione n°R(2010)1, per suo stesso preliminare assunto «complementare alle collegate disposizioni […] della Raccomandazione n° R(99)19», chiarisce, all'art.1, che i «servizi di *probation*» hanno lo scopo principale «di ridurre la perpetrazione di ulteriori reati instaurando rapporti positivi con gli autori di reato, al fine di assicurarne la presa in carico […], di guidarli e assisterli per favorire la riuscita del loro reinserimento sociale», ma possono anche effettuare «interventi di giustizia riparativa» (cfr. *Preambolo*), accortamente definita, innanzitutto, come «risposta al reato» diretta a «riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima» e, in secondo luogo, a far «comprendere» agli autori di reato «che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società», anche in prospettiva di una coerente «assunzione di responsabilità» (cfr. *Appendice* II, *Glossario dei termini utilizzati*).

[84] Cfr. art. 10 disp. min., che coerentemente dispone altresì che «la sentenza penale non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato».

[85] Sulla opportunità di evitare di esporre l'imputato per reato commesso da minorenne alle «tensioni che può sviluppare la presenza dell'accusa privata»: v. sent. Corte cost. n. 433 del 1997.

[86] Così Gulotta - Capurro, *Come conciliare il reo minore con la vittima*, in De Cataldo Neuburger (a cura di), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padova, 1990, 139 ss.; vedi anche Gulotta - Santi, *Dal conflitto al consenso*, Milano,1988, 28 ss.

[87] Cfr., in particolare, artt. 96 e 97 della Raccomandazione n° R(2010)1 cit.

[88] È appena il caso di notare che, se la mediazione prevista nel «progetto di intervento» ne è solo uno dei contenuti, il suo esito influisce certamente sulla valutazione finale della misura, ma tenuto conto del comportamento complessivo.

[89] Cfr., tra gli altri, Giannino, *Il processo penale minorile*, Padova, 1997, 241. Quanto alla riparazione nei confronti della vittima, al di fuori di un intervento di giustizia riparativa *stricto sensu*, ampio è lo spettro delle possibili condotte, dall'invio di una lettera di scuse alla «messa a disposizione» della persona offesa «di una adeguata somma di denaro destinata solo ad agevolarne l'inserimento lavorativo e sociale»,

gli di indicarne almeno la più idonea tipologia, delegando al servizio affidatario le modalità attuative, da ricercare con la collaborazione dell'«autore del reato».

8. (Segue): *il supposto giudizio di responsabilità*

Non posso ora che occuparmi del "non detto" dalla disposizione in esame, ma necessario per accostare (ma non implicandola) la più problematica delle condizioni previste dalla Direttiva per l'«accesso a servizi di giustizia riparativa» nel contesto penale, ovvero il «riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato», che mi accingo ad approfondire nel conclusivo paragrafo.

Ebbene, la Corte Costituzionale, motivando sulla legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 4, disp. min., ha rilevato come, pur in assenza di previsione normativa, «presupposto concettuale essenziale del provvedimento […], connesso ad esigenze di garanzia dell'imputato» sia costituito da «un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice, in quanto altrimenti si imporrebbe il proscioglimento» [90] dell'imputato, al quale è attribuito il potere di ricorrere per cassazione contro l'ordinanza che dispone la *messa alla prova* [91] «anche con riguar-

fortemente compromesso dal reato, distinta dal risarcimento del danno, la cui azione è inammissibile nella sede processuale minorile (v. G.U.P Trib. min. Perugia, 3 novembre 1994, C.M. *et al*., in *Rass.Giur. Umbra*, 1996, 193), quando l'imputato ne abbia la capacità economica (invero rarissima), e con il «coinvolgimento» dei genitori, soprattutto nei casi in cui si profili una fondata azione civile a norma dell'art. 2048 cod. civ.. Sulla la c.d. riparazione in favore della collettività rimando alle esemplificazioni di cui al § 6. Può qui essere utile un ulteriore riferimento comparativo con l'affidamento in prova al servizio sociale, nel cui ambito l'«attività in favore della collettività» è prescritta con la seguente ricorrente formula (invalsa per gli adulti): "in caso di impossibilità o di difficoltà di adempimento del risarcimento, il condannato deve prestare attività a favore della collettività presso l'ente o struttura, individuata con la collaborazione del servizio sociale affidatario". Attività, dunque, implicitamente ancorata al comma 7 dell'art. 47 ord. penit., ma proprio perché così concepita correttamente respinta dalla giurisprudenza di legittimità, in quanto non prevista dalla legge (cfr. Cass., sez. I, 23 novembre 2001, Contin, in *Mass. Uff*., 220439). Sarebbe pertanto opportuna (anche sulla scia della normativa sulla messa alla prova per imputati adulti) una individuazione legislativa «più precisa e variegata» della prescrizione» di cui al comma 7 cit. (così Presutti, in Grevi – Giostra– Della Casa (a cura di), *Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 1997, 354), con la previsione anche di una «prestazione di lavoro di pubblica utilità» sia quale modalità sostitutiva di un non possibile «adoperarsi in favore della vittima», sia a titolo di riparazione simbolica del pregiudizio causato alla collettività nei c.d. reati senza vittima: cfr. la Raccomandazione n° R(2010)1, artt. 47-52. Per l'analisi di due casi di lavoro di pubblica utilità orientato alla riparazione nell'ambito di esperienze di *probation* processuale (minorile) e penitenziario, volendo, Rossi, *Il lavoro di pubblica utilità in prospettiva riparativa*, in *L'Eco dell'ISSP*, 2013, nn. 3, 4.

[90] Cfr. Corte cost., n. 125 del 1995. In dottrina, per tutti, Palomba, *Sistema del nuovo processo penale minorile,* Milano, 1989, 414 ss., che per primo individua il «presupposto concettuale (logico e sistematico) del provvedimento[…] di modo che il dubbio circa la responsabilità penale [...] dovrebbe portare» solo al proscioglimento».

[91] Cfr., da ultimo, Cass., sez. V, 23 febbraio 2015, B., in *Mass Uff.* 24011, che ribadisce che «la disciplina dettata[…] dall'art. 28, comma 3, d.P.R. n. 448 del 1988, in forza del quale "contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore", […] deve essere interpretata alla luce del precedente comma 2 del medesimo art. 28, che ha ad oggetto esclusivamente l'ordinanza che dispone la sospensione: proprio all'interpretazione che mette in correlazione i due commi indicati si ricollega l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale l'ordinanza con la quale il Tribunale per i minorenni rigetta l'istanza di messa alla prova dell'imputato […] non è impugnabile autonomamente, ma solo congiuntamente alla sentenza che definisce il giudizio». La succitata sentenza, occupandosi della *messa alla prova* per adulti, rileva che «l'ampio tenore letterale» del comma 7 dell'art. 464 *quater* c.p.p., che non distingue, come la disciplina minorile, tra ordinanze di accoglimento e di rigetto dell'istanza di sospensione, sottrae quest'ultima alla disciplina di cui all'art. 586 c.p.p.», che è dunque, an-

do al profilo attinente alla insussistenza di tale presupposto».

La sintetica affermazione sembra aver dato luogo a fraintendimenti, evitabili se ben interpretata anche alla luce delle successive pronunce della stessa Consulta e modifiche legislative della disciplina della pregnante udienza preliminare minorile, da cui conviene prendere le mosse, anche sul rilievo che è in essa che la messa alla prova minorile trova collocazione elettiva e molto più frequente applicazione. Come è noto, in questa fase, se non vi sono richieste di parte, la decisione si risolve nell'alternativa se pronunciare «sentenza di non luogo a procedere» o «decreto che dispone il giudizio», sulla base dei soli «elementi di prova» risultanti dalle «indagini preliminari», anche - ove ritenute incomplete- «ulteriori» a seguito di ordinanza "integrativa" del giudice, che può altresì disporre «l'assunzione delle prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere», con accertamento esteso alla loro «insufficienza», «contraddittorietà» o comunque «non idoneità a sostenere l'accusa in giudizio» degli elementi di prova, di regola unilateralmente acquisiti [92].

Ove, alla stregua del parametro anzidetto, gli «elementi di prova» non possano condurre ad una sentenza di proscioglimento, e sia stato prestato il ("personalissimo") consenso dell'imputato alla definizione del processo nella fase in esame, che ne rende possibile l'utilizzazione al di fuori del contraddittorio, il giudice può ritenere attribuito il fatto-reato all'imputato ma ai soli fini della pronuncia di «sentenza di non luogo a procedere […] per perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto» e, se vi è «richiesta del pubblico ministero», di «sentenza di condanna» a una pena pecuniaria o ad una sanzione sostitutiva (libertà controllata o semidetenzione): nell'attuale quadro normativo del pur travagliato art. 32 del d.P.R. 448 [93] si

ch'essa, autonomamente impugnabile con ricorso per cassazione. Conformi: Cass., sez. III, 24 aprile 2015, Frasca, in *Mass. Uff*., 263814; Id., sez. II, 6 maggio 2015, Corallo, in *Mass. Uff*., 263787.

92 Cfr. artt. 421 *bis* e 422 c.p.p., la cui coordinata lettura porta a ritenere possibile la sentenza di non luogo a procedere per insufficienza/contraddittorietà/inidoneità degli elementi di prova dopo l'eventuale esercizio dei poteri indiretti o diretti di integrazione probatoria. Si può qui rilevare che mentre la *messa alla prova* per gli adulti espressamente presuppone (prima ancora che positiva prognosi e idoneo programma) il solo mancato "riconoscimento" immediato della sussistenza dei presupposti della pronuncia di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p. (cfr. art. 464 *quater*, comma 1, c.p.p., peraltro sulla base di elementi al limite dell'impalpabilità, soprattutto in alcune delle fasi previste dagli artt. 464 *bis*, comma 2 e 464 *ter* c.p.p.), tale rinvio non è operato dall'art. 28 disp. min. Se può trarre la conclusione che al giudice dell'udienza preliminare investito della richiesta della *messa alla prova* minorile, prima della relativa decisione, è consentito l'esercizio dei poteri di integrazione probatoria e il più esteso accertamento dell'«insufficienza» della «contraddittorietà» o comunque «non idoneità» degli elementi acquisiti «a sostenere l'accusa in giudizio». Tale differenziale rilievo mi sembra ulteriormente connoti in termini deflattivi la *messa alla prova* per adulti, assenti in quella minorile, ove invece si evidenzia la ben diversamente motivata rapida "fuoriuscita dal circuito penale", anche attraverso detto istituto, ma solo ove non sia possibile una pronuncia a norma dell'art. 425 c.p.p.: solo a tal condizione, infatti, vi può essere un incontro virtuoso tra proposte educative e processo penale, senza il pericolo di etichettamento/allargamento della rete, evidenziato dalla *criminologia critica*.

93 Pronunciandosi sull' art. 32 disp. min., la Corte cost., con sentenza n. 77 del 1993, ha esteso la possibilità di proporre «opposizione», prevista dal comma 3 in caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria o a sanzione sostitutiva, «alle ipotesi in cui la responsabilità dell'imputato è necessariamente presupposta (concessione del perdono giudiziale), ovvero è logicamente postulata (sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità)» per garantire all'imputato minorenne, anche in questi casi, «le più complete opportunità difensive connesse alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti in dibattimento». La disciplina dell'udienza preliminare minorile è stata poi modificata, alla luce del novellato art. 111, quinto comma, Cost., dalla legge n. 63 del 2001, che ha introdotto nell'art. 32 una norma che richiedeva il consenso dell'imputato per la pronuncia di tutte le sentenze di non luogo a procedere previste dall'art.

può dunque far corretto ricorso alla formula «accertamento della responsabilità» quale presupposto necessario e sufficiente solo per le suindicate sentenze. Siffatto "accertamento" non è affatto richiesto invece nel caso in cui il giudice ritenga, sulla base di idoneo progetto di intervento e positiva prognosi, di disporre la sospensione del processo, su richiesta o con il consenso dell'imputato, previamente verificata l'insussistenza di prova della sua "innocenza", che, a norma dell'art. 425 c.p.p., ne imporrebbe il proscioglimento.

Si può brevemente concludere il tema con riferimento alla messa alla prova disposta nella fase dibattimentale, muovendo ancora dalla sentenza della Consulta n. 25 del 1995, che nella parte finale rileva che «spetterà alla giurisprudenza valutare se l'esigenza del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato […] richieda, in questo caso, che la sospensione non possa intervenire nella fase predibattimentale, occorrendo, viceversa, affinché possa ritenersi adeguatamente formato quel convincimento, che il giudice tenga conto anche dell'istruzione dibattimentale». Ed è questa la posizione assunta in un recente arresto della Corte di cassazione [(94)], particolarmente articolato: «In questo caso, infatti, salvo il ricorrere di dichiarazioni ampiamente confessorie o la sussistenza di atti irripetibili inequivoci, la sede impone di sospendere il processo ai sensi dell'art. 28 cit. solo ad istruttoria dibattimentale esaurita». In questo momento processuale la eventuale messa alla prova «si impone» dunque dopo la ricostruzione del fatto-reato oltre ogni ragionevole dubbio, e il seppur implicito convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato ne può essere considerato un presupposto logico essenziale, ma questa messa alla prova non si configura più quale alternativa ad un etichettante giudizio, atteggiandosi, nella sostanza, ad una forma di «astensione dal pronunciare condanna» seguita da *probation*. Sicché, all'esito del dibattimento, la misura assume dunque una opaca e impropria valenza di cripto-sanzione rieducativa, seppur più mite rispetto a quella che il richiedente è indotto ad evitare, in una dimensione di pressoché inevitabile strumentale adesione e disciplinare osservanza, che gravemente ipotecano l'efficacia dei processi educativi attivabili e ancor più dei percorsi riparativi *stricto sensu*, soprattutto per il più problematico coinvolgimento della persona offesa.

9. (Segue): *il riconoscimento dei fatti essenziali*

Se la *messa alla prova* trova collocazione elettiva nell'udienza preliminare, in questo luogo della "non innocenza" [(95)] - tra il non proscioglimento e l'eventuale «ce-

425 c.p.p., «ovvero per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto». Ma su questa nuova disposizione interveniva ancora la Consulta, con sentenza n. 195 del 2002, ritenendo imprescindibile il consenso dell'imputato «nei soli casi in cui debba pronunciarsi una sentenza di non luogo a procedere che presupponga un *accertamento di responsabilità*, *quali segnatamente quelle di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto*» (corsivo mio), «non potendo essere imposta all'imputato una decisione che presupponga una affermazione di responsabilità senza il suo consenso all'utilizzazione degli atti assunti unilateralmente dal pubblico ministero, consenso che ha il preciso significato di rinuncia all'istruzione dibattimentale», con esclusione della necessità di detto consenso per le sentenze di non luogo a procedere «nel merito con formula ampiamente liberatoria o, comunque, tale da non postulare alcun accertamento di responsabilità dell'imputato», per evitare un irragionevole sviluppo dibattimentale «assolutamente superfluo, non funzionale all'esercizio del diritto di difesa»: cfr. anche sent. Corte cost. n. 24 del 2013.

94 Cfr. Cass., sez. IV, 12 aprile 2013, P.G. in proc. C., in *Mass. Uff*., 255521.

95 Uso la 'litotica' locuzione per suggerire come il ridotto effetto stigmatizzante (che con la misura si persegue) nell'udienza preliminare possa favorire l'attivazione di processi sia educativo-responsabilizzanti,

lebrazione del giudizio» -, proprio per tal ragione vi si evidenzia il diverso complesso tema dell'atteggiamento dell'imputato rispetto ai fatti a lui addebitati e della compatibilità delle esigenze veritative postulate dall'istituto con i principi di presunzione di innocenza e del connesso *nemo tenetur se detegere*, a maggior ragione ove si ponga il tema di una possibile attività di mediazione [96].

Appare utile l'attenzione sulla giurisprudenza di merito relativa all'ammissione alla *messa alla prova*, che subito veicola posizioni interpretative contraddittorie, utile proprio per la loro iniziale polarità: l'una [97] improntata ad una lettura della *prova* quale conseguenza "logica" di un riconosciuto atto offensivo, e così «incompatibile» con la mancanza di «una confessione piena dell'imputato o, quanto meno, una sua inequivoca accettazione dell'addebito penale», presupposto invece «inconcepibile» per l'altra posizione, rigidamente ancorata al dato letterale e ai «principi costituzionali in tema di presunzione di non colpevolezza […] e di diritto di difesa» [98].

La successiva giurisprudenza di legittimità si occupa del tema, evidenziandolo nell'ambito della prognosi di positiva evoluzione della personalità del minore, richiesta dall'art. 28 disp. min. quale indefettibile presupposto per la concessione della misura: l'ammissione almeno parziale del fatto (ed il positivo comportamento tenuto nei confronti della persona offesa) può assumere valore assai significativo ai fini del giudizio prognostico, che tuttavia in tale atteggiamento non può esaurirsi [99], ma deve fondarsi, in una valutazione globale, sulla base di una più ampia

che riparativi *stricto sensu*, e, rispetto a questi ultimi, la stessa adesione della persona offesa. Giova ribadire che le probabilità di riuscita del *probation* sono inversamente proporzionali al progresso del procedimento, che viepiù allontana le persone in conflitto cristallizzandole in ruoli antagonistici. E per tal evidente ragione, mentre nel *probation* giudiziale, ma soprattutto nella fase iniziale del processo, la persona offesa può ragionevolmente accettare un confronto sul "nudo" evento – ove non sia negato dal presunto «autore» –, appare improbabile che ciò possa accadere in sede di esecuzione dell' *affidamento in prova al servizio sociale*, dopo molti anni dalla commissione del reato, se non quando la pur favorevole «verità processuale» sia ritenuta dalla vittima insoddisfacente (per qualche percepito significativo verso) rispetto alla propria interpretazione del fatto, e questo "scarto" la motivi ad un confronto con il reo, anche in prospettiva di una possibile azione riparativa delle conseguenze del reato e soprattutto nei c.d. delitti di relazione.

96 Il seguente discorso, va da sé, vale *a fortiori* per le già esaminate attività di mediazione-riparazione proponibili nel corso delle indagini preliminari in vista della pronuncia di *irrilevanza del fatto* o, quanto ai reati procedibili a querela, dell'archiviazione del procedimento.

97 Cfr. Trib. min. Bologna, 10 settembre 1992, in *Foro Italiano*, 2/1993, 582 ss.

98 Cfr. Mazza Galanti - Patrone, *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 162 ss.

99 Cfr. Cass., sez. III, 6 giugno 2008, A., in *Mass. Uff.*, 240825, sostanzialmente seguita dalle successive pronunce e sin troppo in linea (cfr. Id., sez. I, 5 marzo 2013, R., in *Mass. Uff.*, 255267), anche sul tema, con la giurisprudenza di legittimità formatasi con riferimento all'*affidamento in prova al servizio sociale*, che, a differenza della *messa alla prova*, presuppone un accertamento giudiziale ed è una pena, seppur meno afflittiva della detenzione e fortemente tendente alla «rieducazione». Ebbene, rispetto a questa *misura alternativa*, la Cassazione, premesso che la confessione non è richiesta dalla legge e che comunque anche il condannato con sentenza definitiva ha «il diritto di non ammettere le proprie responsabilità», ha osservato come l'eventuale «atteggiamento di negazione dell'addebito» – dipendente «dai più svariati motivi», ed anche dal fatto che il condannato sia o si creda incolpevole, nonostante l'avverso giudicato – solo «in un contesto di analisi globale della personalità» possa incidere sulla valutazione della «idoneità della misura alternativa a contribuire al reinserimento sociale del condannato ed a contenerne la pericolosità sociale». Pertanto «l'assenza di confessione» rileverà negativamente solo se, alla luce di tutte le informazioni a disposizione, indichi un «rifiuto dell'istante di prendere coscienza della gravità dell'accusa e di partecipare all'opera rieducativa». Cfr. Cass., sez. I, 11 giugno 2013, Pantaleo, in *Mass. Uff.*, 257001; Id., sez. I, 5 marzo 2013, B.G., *ivi*, 255653; Id., sez. I, 8 febbraio 2008, A.F., *ivi*, 240586; Id., sez. I, 9 aprile 2008, C.M., *ivi*, 240306; Id., sez. I, 28 marzo 2000, Romano, in *Cass. pen.*, 2001, 1016.

platea di indicatori [100].

Un recente arresto si distingue per un decisivo passaggio: la «confessione dell'imputato» è «un presupposto non previsto dalla legge, estraneo alla logica del *probation*; quel che serve […] è che l'imputato, il quale chiede o condivide la scelta della prova, non neghi le evidenze fattuali, pur ridimensionando o riqualificando l'episodio, non assuma, in definitiva, il ruolo di vittima ingiustamente perseguitata» [101]. È indubbio come quest'ultima posizione, nel suo senso globale, proceda verso un più avanzato punto di equilibrio tra l'inesigibilità della confessione, l'impossibilità di un previo accertamento giudiziale e la necessità di una prognosi di positiva «evoluzione della personalità», che tuttavia non può prescindere da un progetto d'intervento che sia idoneo a «provarla» logicamente muovendo proprio dalla non negazione dell'accadimento del fatto nella sua materialità, di cui l'imputato percepisca, in qualche misura, l'oggettivo disvalore sociale.

In ogni caso, «il riconoscimento dei fatti essenziali» è per la Direttiva necessario presupposto di una possibile implementazione, nel «progetto di intervento», della «prescrizione diretta a promuovere la conciliazione» dell'imputato con la persona offesa, una «condizione d'accesso» in difetto della quale non sarebbe neppur proponibile alla persona offesa una attività di mediazione [102]. È infatti solo in costanza di un tale atteggiamento dell'imputato che il giudice può porre il tema di una possibile prescrizione diretta alla conciliazione, sondando anche la disponibilità della persona offesa, che, se non comparsa, può essere contattata a tal fine dal centro di mediazione individuato come potenziale risorsa dal servizio sociale della giustizia che deve elaborare il «progetto di intervento». Si può ulteriormente osservare che il «riconoscimento dei fatti essenziali» non solo costituisce oggi una ineludibile «garanzia nel contesto dei servizi di giustizia riparativa», ma non se ne può prescindere in linea operativa, perché in sua assenza le possibilità di dar inizio ad una attività di mediazione sarebbero nulle o, tutt'al più, limitate dal prevedibile rifiuto da parte della persona offesa [103].

Inoltre, solo se la Direttiva avesse richiesto un'*ammissione di colpevolezza* in ordine al reato contestato, si sarebbe potuta muovere l'obiezione garantistica di un'accusa e di un giudizio condizionati da una sorta di presunzione di colpevolezza nell'ipotesi di prosieguo del procedimento dopo una attività di mediazione fallita. Ma la Direttiva, oltre ad enunciare la ben diversa espressione in esame, afferma

---

100 Il giudizio prognostico si deve basare «sul tipo di reato commesso, sui motivi a delinquere, sulle modalità esecutive - nel senso che l'illecito non sia espressione di una scelta di vita, ma manifestazione di un disagio temporaneo dell'adolescente, il quale abbia attitudine ad orientare positivamente la propria esistenza - sui precedenti penali del reo, sull'esame del carattere e della personalità e su quanto altro sia utile per il raggiungimento di tale giudizio, nella loro dinamica evolutiva, attraverso indici ritenuti significativi in forza di affidabili massime di esperienza vagliate anche alla luce di consolidate acquisizioni delle discipline psicopedagogiche»: così, da ultimo, Cass., sez. VI, 8 luglio 2014, Pg in proc. C., in *Mass. Uff.*, 260462.

101 Cfr. Cass., sez. IV, 12 aprile 2013, P.G. in proc. C., cit..

102 Se però, almeno in via per così dire automatica, è pacifico che la negazione dell'addebito non rileva ai fini dell'ammissione della *messa alla prova*, ove però si traduca nella negazione anche del "nudo" fatto, potrebbe essere di impedimento, pur in assenza di altri elementi di segno negativo, ad un giudizio di idoneità della misura a contribuire alla evoluzione della personalità dell' imputato minorenne (meglio, alla responsabilizzazione rispetto all'"agito") attraverso una prescrizione riparativa ritenibile a tal fine essenziale nel caso concreto, nondimeno per far sì che la predetta prognosi poi si inveri concretamente, non solo per meri meccanismi di coazione indiretta: si pensi ancora alla fenomenologia dei c.d. delitti di relazione.

103 In questo senso Ceretti - Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e ONU*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 772-776, a proposito della pressoché coincidente espressione della Racc. (99)19 («*faits principaux de l'affaire/basic facts of the case*»).

che il diritto della «vittima» a «garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» deve comunque far «salva la presunzione d'innocenza» (considerando n. 12). Ed una ulteriore modalità di salvaguardia di tale principio viene individuata dalla Raccomandazione n° R(99)19 cit. con la previsione dell'inutilizzabilità della partecipazione alla «mediazione» (*rectius*, dopo la Direttiva: «procedimento di giustizia riparativa») come prova dell'«ammissione della colpevolezza [*admission de culpabilité/ admission of guilt*]» nell'eventuale ulteriore corso di giustizia. Il principio può essere ulteriormente rafforzato ove il giudice si limiti a verificare l'atteggiamento non "negazionista" dell'imputato e sulla base di questo proceda alla acquisizione anche del consenso della persona offesa, rinviando ai «riservati» colloqui preliminari dell'imputato con il mediatore un più approfondito accertamento della «condizione» in esame all'insegna del maggior rispetto della persona offesa richiesto dalla Direttiva. Peraltro, ove l'imputato in tale contesto *sub secreto* [104] possa e voglia spingersi oltre il «riconoscimento dei fatti essenziali», ciò potrebbe determinare una maggiore disponibilità della persona offesa ad aderire al «procedimento di giustizia riparativa» e senza alcun pregiudizievole transito di tale più aperto atteggiamento dalla «stanza» del mediatore all'aula del tribunale.

Si può infine valorizzare la equilibrata formula usata dalla Direttiva anche ricorrendo alle precisazioni di uno dei più noti logici contemporanei [105]: «due persone possono essere in disaccordo sul fatto che sia o no accaduto qualcosa» («disaccordo nella credenza») e «d'altra parte […] possono essere d'accordo sul fatto che un dato evento si sia effettivamente verificato […] eppure assumere atteggiamenti profondamente diversi – o addirittura opposti – nei confronti dell'evento stesso», manifestando così «una divergenza di opinione circa la valutazione dell'evento in questione» («disaccordo nell'atteggiamento»). Ebbene, è sulla base di un «accordo nella credenza», ovvero quando la narrazione della persona offesa possa almeno convergere sui «fatti essenziali del caso» riconosciuti dall'«autore del reato», che un «servizio di giustizia riparativa» può tentare di aiutare le parti ad affrontare il «disaccordo nell'atteggiamento».

---

[104] Cfr. l'art. 2 della Racc. (99)19, che, all'art. 32, enuncia un fondamentale corollario del principio di riservatezza (ribadito dalla Direttiva: art 12, lett. *e*): «il mediatore dovrebbe riferire alle autorità giudiziarie circa le misure adottate e l'esito della mediazione. La relazione del mediatore non dovrebbe rivelare il contenuto delle sessioni di mediazione, né esprimere alcun parere in merito alla condotta delle parti nella circostanza». Conseguente il comma 4 del succitato art. 29, d.lgs. 2000, n. 274 sulle competenze penali del giudice di pace, che fa divieto assoluto di utilizzabilità «ai fini della deliberazione delle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione».

[105] Cfr. Copi, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1964, 54-60 e 116 ss. Sul punto, anche con rinvio al predetto Autore, Mannozzi, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in Mannozzi (a cura di), *Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, 38-43, che, premesso come nella mediazione non sia «ovviamente in discussione la definizione penalistica del conflitto» e neppure «il fatto», da cui, «almeno nel suo nucleo oggettivo essenziale», «normalmente [...] la mediazione prende le mosse», conclude che «il conflitto che nasce da un disaccordo sull'atteggiamento rispetto ad un fatto è il campo di elezione della mediazione», che lavora anche «sulla percezione dei fatti». Nello stesso senso, Ubertis, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale* (2005), in Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, 101, che distingue tra la «ricostruzione del fatto in tutte le sue componenti oggettive e soggettive penalmente rilevanti (ciò che si discute in sede di processo penale) e diverso atteggiamento delle persone coinvolte riguardo alla valutazione della condotta da loro tenuta (ciò che costituisce il punto di partenza della mediazione)», ricorrendo, per esemplificare, «ai reati in materia di violenza sessuale, dove molti episodi nascono "da difficoltà nella comunicazione, verbale e non, tra due soggetti e da possibili errori nella decodificazione dei messaggi tra gli stessi, soprattutto se appartenenti a generi diversi"».

Ricapitolando, con riferimento alla combinatoria dei possibili atteggiamenti dell'imputato. Nel caso in cui l'imputato si dichiari totalmente estraneo al fatto contestatogli, questa protesta di innocenza indubbiamente stride con una contestuale richiesta di messa alla prova: in tale ipotesi sembrerebbe esservi sensata risposta educativa, anzitutto rispettosa della dignità della persona, solo nell'«accertamento della verità», se non sono possibili immediati epiloghi alternativi [106]. Ma ove sia egualmente disposta, sulla base di altri elementi convergenti su una prognosi favorevole, l'atteggiamento "negazionistico" preclude al giudice di impartire una prescrizione diretta «a promuovere la conciliazione […] con la persona offesa dal reato». Per contro, il «riconoscimento dei fatti essenziali» è non solo uno degli elementi più significativi su cui fondare la prognosi favorevole ai fini dell'ammissione alla messa alla prova, ma anche una delle condizioni necessarie per l'invio ad una attività di mediazione. Più sfumata, ma assimilabile alla prima, è l'ipotesi in cui l'imputato chieda di esser messo alla *prova*, ma eserciti il diritto al silenzio: in tal caso, se la *taciturnitas* priva il giudice di un importante elemento di valutazione prognostica in ordine ad una avviata riflessione critica sull'accaduto, può tuttavia essere interpretata, nel caso concreto, come determinata da meccanismi difensivi generati da accuse particolarmente disonorevoli, o per codici sociali o così vissute per particolari condizioni personali/familiari, e pertanto ritenuta recessiva rispetto ad altri indicatori di segno positivo. Quel che è certo è che, anche in questo caso, il giudice può imporre una prescrizione diretta «a riparare le conseguenze del reato», ma non «a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato», per difetto della esaminata condizione.

In conclusione, l'imputato può ma non deve necessariamente mentire o tacere, tantomeno se si pone il tema di un possibile «procedimento di giustizia riparativa» in uno scenario di *giustizia mite* [107] quale in particolare quello in esame, che può funzionare solo se l'accusato, non incistato nel pur legittimo gioco difensivo, possa e voglia riconoscere almeno «i fatti essenziali», e la persona offesa sia disponibile ad accogliere tale «riconoscimento» come base per un riservato confronto costruttivo e, ove possibile, riconciliativo: tutto il percorso parte necessariamente da questa promossa, iniziale disponibilità reciproca.

GIOVANNI ROSSI

[106] Quale ultimo spunto comparativo con l'affidamento in prova al servizio sociale, si può rilevare come, seppur ostativa ad un percorso di «riflessione» sulle «condotte antigiuridiche poste in essere» (previsto dall'esaminato art. 27 reg. penit. e inquadrato nell' «osservazione della personalità» sulla base dei cui risultati sono formulate «indicazioni in merito al trattamento rieducativo») e, ove possibile, di (conseguente) «procedimento di giustizia riparativa» per come l'intende la Direttiva, dalla sola mancata ammissione d'ogni addebito non possano derivare all'interessato conseguenze negative diverse dal rifiuto di una qualsiasi altra offerta di trattamento rieducativo: è inviolabile il diritto di ogni uomo di essere sé stesso e di rimanere tale, subendo la pena inflittagli o facendo richiesta di misure meno esigenti. Per converso, da una ammissione almeno dei fatti essenziali sottesi alla condanna, dalla «riflessione» sugli stessi e, ove possibile, dall'azione riparativa che correttamente la corrobori, non può che trarsi un positivo elemento di valutazione, come nel caso di adesione ad ogni altra offerta trattamentale.

[107] Cfr. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 11 ss.

L'ERGASTOLO OSTATIVO E L'ART. 4-BIS ORD. PENIT.: IL LEGNO STORTO TRA RIEDUCAZIONE E MISURE DEFLATIVE.

La tendenza all'uso della detenzione, quale esclusivo rimedio alle condotte criminali che attentano alla sicurezza sociale, contraddice il modello penitenziario europeo ispirato alla decarcerizzazione ed al pieno recupero del deviante. La normativa di carattere emergenziale ha di fatto stabilizzato quella sorta di "doppio binario" che, differenziando il trattamento dei detenuti in base alla natura del reato commesso, preclude a questi l'accesso ai benefici ed alle misure alternative al carcere, salvo la loro partecipazione al discutibile "sinallagma collaborativo"(art. 58 ter ord. penit.). Il principale effetto di tali politiche si rinviene – tra l'altro – nel più volte censurato sovraffollamento carcerario che rende le relative strutture ancor più inadeguate a garantire i necessari spazi occorrenti allo svolgimento delle attività di trattamento. Le recenti misure deflative hanno semplicemente prodotto una sorta di effetto anodino, restando, allo stato, irrisolte problematiche – come quelle legate al c.d. "ergastolo ostativo" ed al divieto assoluto di accesso ai benefici penitenziari per i condannati a delitti elencati nell'art. 4 bis*, comma 1, ord. penit. - che frenano l'intervento decongestionante in atto, ancor più pregiudicato nei suoi effetti dalle recenti pulsioni carcerocentriche manifestatesi, ad esempio, in materia di lotta alla corruzione.*

Sommario: 1. *Considerazioni introduttive* - 2. *I benefici penitenziari quale sintomo di ravvedimento e le preclusioni legali assolute* ex *art. 30* ter *ord. penit.* - 3. *L'ergastolo "ostativo" (l'art. 4* bis*, comma 1, ord. penit.)* – 4. *Corte E.D.U. – Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata o condizionale e art. 3 C.E.D.U.* – 5. *Le proposte normative abolizioniste (art. 22 c.p. e art. 4 bis, comma 1, ord. penit.)* – 6. (Segue): *Proposta di modifica dell'art. 4 bis, comma 1 bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2, comma 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203* – 7. *Considerazioni conclusive*

1. *Considerazioni introduttive*

Nell'ultimo quarto di secolo, nonostante la valenza costituzionale di principi quali la rieducazione del condannato, la presunzione di non colpevolezza e l'umanizzazione della pena [1], con il venir meno dei presupposti sociali ed economici e il conseguente mutamento delle loro dinamiche, si è dato vita al c.d. "Stato penale" [2].

L'Italia ha in parte recepito tale tendenza riducendo la spesa destinata al settore pubblico ed incrementando quella volta alla realizzazione di provvedimenti di repressione del crimine ove l'aumento del tasso di incarcerazione e l'inevitabile riduzione degli spazi hanno "debilitato" l'impegno rieducativo a favore di quello prettamente neutralizzante del deviante [3] che ha trovato stabile cittadinanza in occasione della stagione delle stragi [4], sebbene l'intervento (muscolare) statale,

[1] Cfr. l'art. 27 Cost.

[2] Sarzotti, *Il campo giuridico penitenziario, appunti per una ricostruzione,* in Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, 2010, 233.

[3] Trasformazione definita in termini Aubertiani: funzione incapacitativa della pena, cfr. Sarzotti, *Il campo giuridico penitenziario, appunti per una ricostruzione*, cit., 233.

[4] Vedesi le "stragi di Mafia" 1992-1993; Violante, *I soldi della mafia*, Roma, 1998.

costituito dal c.d. " doppio binario" normativo [5], non ha – tuttora – prodotto l'auspicata riduzione del tasso di criminalità [6]. Il relativo inasprimento delle sanzioni, quantunque non abbia comportato una maggiore tutela dell'ordine e della sicurezza [7], oltre a produrre un inevitabile effetto carcerogeno – sinonimo di una patologica bulimia penitenziaria – ha causato (inconsapevolmente) la trasformazione dei principi e diritti in mere regole di «carta»[8], laddove la penuria di spazi che già «segnavano» la piena realizzazione del trattamento rieducativo e delle attività ad esso propedeutiche [9] ha finito per rendere le condizioni di vita intramurarie sempre più inaccettabili, come più volte denunciato dal Capo dello Stato [10].

A partire dall'ultimo lustro, infatti, a fronte di una popolazione carceraria da circa 70.000 detenuti (25.000 in più della capienza legale, perlopiù in attesa di giudizio [11] – situazione protrattasi fino al 2013 – l'Italia è stata più volte oggetto di censura da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, specie per l'insufficiente spazio individuale (meno di tre metri quadrati) assegnato al detenuto nelle camere di pernottamento. Solo a seguito della sentenza "pilota" Torreggiani e altri c. Italia [12], avendo la Corte Convenzionale ingiunto di introdurre entro il termine di un anno soluzioni idonee a risarcire i ricorrenti e a porre fine al denunciato e acclarato trattamento inumano e degradante, lo Stato italiano ha implementato nuove misure risarcitorie e deflative [13] che, se non risolutive, hanno indubbia-

---

5 Canepa - Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 485-486; di recente, Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*: *modifiche in tema di ordinamento penitenziario,* in Mazza-Viganò (a cura di), *"Il pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 401.

6 V. Pavarini, *Uno sguardo al processo di carcerazione nel mondo: "dalla ronda dei carcerati" al girоromondo penitenziario*, in *Rass. penit. crim.,* 2012, 16.

7 Dell' equazione: maggiore incarcerazione equivale ad una maggiore sicurezza non v'è certezza, anche la riduzione del tasso di istruzione e quello di aumento dei divorzi producono un significativo impatto sul tasso di criminalità; cfr. Pavarini, *Uno sguardo al processo di carcerazione nel mondo: "dalla ronda dei carcerati" al girоromondo penitenziario*, cit.

8 «Il grande problema dei diritti è tuttora l'ineffettività degli stessi», così Bobbio, *L'età dei diritti,* Torino, 1990, 167.

9 A causa del sovraffollamento molte strutture sono state adibite a camere di pernottamento ed i restanti locali usati per le attività scolastiche, religiose, sportive sono risultate del tutto insufficienti al proseguo delle attività; v. Di Gennaro-Breda-La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione,* Milano, 1997, 116; Dolcini, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in AA.VV., *Diritti dei detenuti e ordinamento penitenziario*, Bologna, 1981, 64; di recente Castellucci, *Art. 10 ord. penit*., in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato,* III ed., Milano, 2010, 10297.

10 «La situazione carceraria è un'esigenza assillante, fuori dal trattato costituzionale […] che ci umilia in Europa e ci allarma per le sofferenze quotidiane di migliaia di persone fino all'impulso di togliersi la vita», così il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano.

11 «Il 41% dei detenuti sono in attesa di giudizio di cui il 60% del giudizio di primo grado: è una percentuale doppia rispetto alla media europea», così Gargani, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 633.

12 Corte. eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *www.echr.coe.int.* I ricorrenti lamentavano di essere rinchiusi in celle di tre metri quadrati con altri due detenuti, con limitazioni di accesso alla doccia (prive di acqua calda) oltre ad un'insufficiente luminosità: nell'occasione la Corte ha rivelato una sistematica violazione dell'art. 3 C.E.D.U., ritenendo, oltretutto, che i pregressi interventi posti in essere dalla controparte non hanno ottenuto i risultati agognati.

13 Il primo intervento rinviene nella l. 26 novembre 2010, n. 199, c.d. "Legge a tempo", secondo cui fino al dicembre 2013 le pene detentive non superiori a 18 mesi, anche se consistenti in residui di pena maggiore (salvo per i delitti elencati all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. e per quelli commessi da detenuti condannati come delinquenti abituali o soggettivi a sorveglianza particolare), si eseguono presso l'abita-

mente prodotto una sorta di effetto anodino [14]. Il numero delle persone ristrette nel 2014 è sensibilmente diminuiti (56.000 unità, circa) ma, comunque, ancora superiore alla capienza legale. Un grande passo avanti è stato compiuto seppur nella consapevolezza che, in assenza di misure decongestionanti più coraggiose, il problema – a seconda di particolari congiunture sociali – si ripresenterà, visto l'effetto non stabilizzante di quelle attuate [15]. Una non trascurabile resilienza alle dinamiche deflative è costituita dalla vigenza di automatismi sanzionatori e preclusioni "legali" fondati sulla tipologia di reato contestato che trovano origine nella legislazione emergenziale [16] i cui effetti ricadono sulle attività rieducative [17]. Lo stesso beneficio della liberazione anticipata "speciale [18]), disattendendo gli auspici del capo del dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria [19] esplica – paradossalmente- un effetto "frenante" laddove esclude *iuris et de iure* ai detenuti per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., l'accesso – a partire da Gennaio 2010 fino a Dicembre 2015 – al previsto *surplus* di trenta giorni a semestre, seppur in presenza di un comportamento meritevole [20].

2. *I benefici penitenziari quale sintomo di ravvedimento e le preclusioni legali assolute* ex *art. 30* ter *ord. penit.*

L'art. 4 *bis,* comma 1, ord. penit. è tuttora uno strumento privilegiato per la dif-

zione del condannato.

[14] V. d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 convertito in l. 17 febbraio 2012, n. 9, il quale prevede: a) innalzamento del residuo di pene da poter scontare domesticamente; b) dimezzamento del tempo massimo – da 96 a 48 ore - intercorrente tra l'arresto e l'udienza di convalida del fermo; c) eliminazione dell'effetto delle "porte girevoli" (ogni anno circa 26.000 arrestati trascorrevano in carcere tre o quattro giorni in attesa della convalida del fermo o del giudizio direttissimo per poi essere spesso scarcerati) con la predisposizioni di tre diverse opzioni custodiali (fermo in camera di sicurezza presso i C.C. o P.S., la detenzione domiciliare o la detenzione carceraria; v. d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 convertito in L. 21 febbraio 2014, n.10 il quale prevede a) la stabilizzazione della detenzione domestica (*supra* nota 16); b) Liberazione anticipata speciale (75 giorni a semestre – da gennaio 2010 a dicembre 2015 – escluso per i condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis,* comma 1, ord. penit.; c) riduzione del massimo editale da 6 a 5 anni di reclusione per il reato di "piccolo spaccio"; d) ampliamento dell'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario che terapeutico; e)reclamo giurisdizionale *ex* art. 35 *bis*, ord. penit. per violazione della legge penitenziaria. In ultimo v. d.l. 26 giugno 2014, n. 92 convertito in l. 11 agosto 2014, n. 117, il quale prevede: a) art. 35 *ter* ord. penit., procedimento per risarcimento del danno in caso di violazione dell'art. 3 C.E.D.U.; b) modifica artt. 275-275 *bis* c.p.p., art. 97 *bis*, disp. att. c.p.p. (arresti domiciliari); c) innalzamento del limite di età per il "giovane adulto" da 21 a 25 anni (art. 24 d. lgs. 29 luglio 1989, n. 272).

[15] «In mancanza di riforme strutturali la popolazione carceraria ritornerà a crescere come sta già sensibilmente accadendo, producendo così un effetto farfalla: cfr. Bernardini, Partito Radicale, TG1 del 31 gennaio 2015.

[16] «Il c.d. "Doppio binario normativo», cfr. Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*: *modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit. In prospettiva diversificata va segnalato l'intervento sulle cause della carcerazione come ad esempio la parziale rimozione di cui alla l. n. 251/2005.

[17] L'elevato numero dei detenuti amplifica ancor più la mancanza di spazi idonei alle attività rieducative già aggravate dall'insufficiente numero degli operatori sociali.

[18] Cfr. *supra,* nota 14: d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

[19] «Una seria misura deflativa potrebbe individuarsi nell'aumento del beneficio della liberazione anticipata che estesa indistintamente a tutti i detenuti non comporterebbe alcuna censura di natura costituzionale ai fini dell'uguaglianza di trattamento»: cfr. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen*., 2013, 11.

[20] V. *supra* nota 14.

ferenziazione della pena nella fase esecutiva fondata sulla natura del reato. E' indubbio che i suoi effetti privano il Giudice della sorveglianza del potere di graduare quantitativamente e qualitativamente la pena comminata attraverso l'eventuale concessione dei previsti benefici penitenziari ove il positivo esito del *sinallagma rieducativo* lo consentirebbe [21]).

La norma in parola rinviene la proprio genesi nella legislazione emergenziale sviluppatasi a partire dagli anni novanta (allora inserita nell'ordinamento penitenziario dall'art. 1, comma 1, del d.l. 13 Maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n.203) seppur oggetto – negli anni – di interventi "a singhiozzo" [22] da parte di un legislatore "pigro" ispirato unicamente (o quasi) dalle puntuali censure della Corte Costituzionale [23].

Dopo l'intervento modellatore del 2009 il comma 1 è stato, in effetti, suddiviso in quattro commi escludendo dalla prima fascia i reati di violenza sessuale e atti di violenza sessuale con minori ma riconfermando in essa i reati di violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies*, c.p.), prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.) e pornografia minorile (art. 600 *ter*, comma 1 e 2, c.p.).

Se la novella legge 15 luglio 2009, n.94 ha posto fine a quella sorta di parallelismo tra l'art. 4 *bis* e l'art. 41 *bis,* comma 2, ord. penit. [24], per le modifiche dalla stessa introdotte in materia di permessi premio, allo stato, persiste un classico esempio di antinomia intercorrente tra l'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. , nella parte in cui preclude in assoluto l'ammissibilità ai benefici e alle misure alternative alla detenzione penitenziaria per il condannato non collaborante e, l'art. 30 *ter,* comma 4, lett. c), ord. penit. «così come novellato dall'art. 2 , comma 27, lett b), legge 15 luglio 2009 n. 94 laddove», nel richiamare in toto l'elenco dei reati "ostativi" di cui al comma 1 (art. 4 *bis*, cit.) condiziona l'ammissibilità al beneficio all'espia-

---

[21] Presutti, *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, in *Testi studi e ricerche di scienze giuridiche*, Milano, 1994;Ferrarsi, *Benefici penitenziari ed esclusioni soggettive,* in *Leg. pen.,* 1999, 553.

[22] V. art. 15 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1993, n. 356; successivamente modificato dall'art. 1, d.l. 873/1993, convertito in l. 293/1993; modificato dall'art. 12, comma 3 *sexies* d.l. 286/1998; modificato dall'art. 11, d.l. 341, convertito in l. 4/2001; modificato dall'art. 6 della l. 92/2001; modificato dall'art 1 l. 279/2002; modificato dall'art. 5, l. 38/2009; modificato dalla l. 94/2009; modificato dall'art. 15, comma 6, l. 99/2009.

[23] Cfr, Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, in *Giur. cost,* 1993, 2466.: illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 2, d.l. 306/1992, convertito in l. 356/1992 nella parte in cui prevedeva che la revoca delle misure alternative alla detenzione fosse disposta, per i condannati dei delitti indicati all'art. 4 *bis*, comma 1 primo periodo, ord. penit., che non si trovassero nella condizione per l'applicazione dell'art. 58 *ter* ord. penit. anche quando non fosse stata accertata di collegamenti attuali dei medesimi con la criminalità organizzata; Id., 19 luglio 1993, n. 357, in *Giur. cost.,*1994, 2920: illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., nella parte in cui condizionava la concessione dei benefici cui esso si riferisce alla collaborazione anche nei casi in cui la collaborazione fosse inesigibile per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertato in sentenza […], sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, o nei casi in cui la collaborazione fosse inesigibile per l'integrale accertamento dei fatti in sentenza di condanna; cfr Id, 22 febbraio, n. 68, in *Giur. cost.*, 1995, 625.

[24] Cfr. Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*: *modifiche in tema di ordinamento penitenziario,* cit., 41, attualmente il Ministro può applicare il regime detentivo speciale *ex* art. 41 *bis*, comma 2, ord. penit. a imputati condannati e internati anche per delitti diversi da quelli elencati dall'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. purché commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, indipendentemente dalla formale contestazione dell'art. 7, l. 203/1991: in pratica si concede all'organo amministrativo il potere di valutazione del fatto criminoso, prerogativa di esclusiva competenza della giurisdizione.

zione della metà della pena o, comunque, non oltre i dieci anni di reclusione [25].

Gran parte della Magistratura di sorveglianza formalmente sollecitata ha ritenuto la *quaestio* risolvibile appellandosi all'insegnamento di parte generale riguardo alla gerarchia delle fonti e al criterio cronologico e di specialità.

Il rapporto tra l'art. 4 *bis* ord. penit. e le altre norme che disciplinano specificamente la connessione dei benefici penitenziari (in particolare l'art. 30 *ter* ord. penit.) andrebbe infatti inquadrato come quello intercorrente fra *genus* e *species* dove l'art. 30 *ter* comma 4, lett. c), ord. penit. derogherebbe alla preclusione assoluta declinata nell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. [26], in quanto la prima risulterebbe norma speciale rispetto a quest'ultima e per tanto idonea disciplinare la concessione dei soli permessi premio e la relativa ammissibilità della richiesta [27].

In difformità al riportato orientamento va segnalato il recente arresto del Giudice di legittimità ove si esclude che «l'art. 30 *ter* comma 4 lett. c) ord. penit. sia in contrasto con l'art. 4 *bis* comma 1 ord. penit.», radicando l'assunto nell'inesistenza di alcuna incompatibilità tra le due norme in materia di permessi premio, ove le stesse possano al contrario «interpretarsi in maniera tale da escludersi ogni contrasto tra loro» [28].

Sarebbe, quindi, auspicabile un intervento del legislatore volto a dirimere, quantomeno in via interpretativa, la *vexata quaestio* ove, seppure per ragioni diverse, l'impianto preclusivo in parola è già stato oggetto di molteplici censure mosse dal Collegio della Consulta [29]. Nell'ottica prospettata, infatti, la Corte Costituzionale ha determinato un ulteriore censura di incostituzionalità dell'art. 4 *bis* comma 1 ord. penit., in relazione alla tutela della maternità per le detenute condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis* comma 1 (cit.) [30].

3. *L'ergastolo "ostativo" (l'art. 4* bis*, comma 1, ord. penit.)*

Un effettivo e concreto ripensamento del sistema sanzionatorio e dell'esecuzione penale, alla luce delle persistenti criticità che concorrono al ridimensionamento

---

[25] Lara, *Il diritto alla premialità anche per l'ergastolano "ostativo" non collaborante*, in *Rass. giur. umbra*, 2012, 100 ss.

[26] Secondo l'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. i benefici penitenziari incluso il permesso premio possono essere concessi solo in caso di collaborazione con la giustizia.

[27] Cfr. Mag. Sorv, Pavia, Moccia, ord. 4 giugno 2011, n. 1247; il giudice della pena ha ritenuto la richiesta di concessione del permesso premio ammissibile sebbene il richiedente fosse gravato di delitti di cui all'art. 4 *bis,* comma 1, ord. penit., rilevando che «[…] la norma di cui all'art. 30 *ter* , comma 4, lett. c) ord. penit., espressamente rivolta a disciplinare in generale [ndr., art. 4 *bis* ord. penit.] le condizioni di accesso a tutti i benefici penitenziari. Anche il criterio temporale induce a ritenere prevalente l'art. 30 *ter*, comma 4, lett. c), introdotto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94 sull'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. introdotto dalla l. 203/1991 e anche a voler considerare l'ultima modifica di cui alla l. 23 aprile 2009, n. 38»; in senso conforme: Mag. Sorv. Di S. Maria C.V., Spanpinato, 2 febbraio 2012; Mag. Sorv. Spoleto, Prestifilippo, 30 novembre 2011; Trib. Sorv. Di Milano, Sole, 16 novembre 2011.

[28] Cass., sez. I, 20 marzo 2012, in *Giur. it*., 2013, 664, con nota di Fiorio, *Carceri e sistema penitenziario.*

[29] *Supra*, nota 23.

[30] Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239, in *Dir. pen. e proc.,* 2014, 1277: è incostituzionale l'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit. nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, stabilito nei confronti di detenute e internate per taluni di gravi delitti che non collaborano con la giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale prevista dell'art. 47 *quinquies*, ord. penit. a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni.

delle attività rieducative ancor più incidenti sul problema della recidiva [31], non potrebbe non coinvolgere la questione dell'ergastolo "ostativo" (sono più di 1500 circa gli ergastolani in Italia).

Da anni la dottrina maggioritaria ha focalizzato l'attenzione sulla pena infinita c.d. "ostativa" che rende ineffettivo qualsiasi tipo di beneficio penitenziario laddove la "pretesa" collaborazione vanifica perfino l'effetto anodino prodotto dal beneficio della liberazione anticipata (art.54 ord. penit.) [32].

Al di là delle opinioni "compassionevoli" [33] o di quelle decisamente "giustizialiste" rappresentate dai politici che, privi di qualsiasi sostegno epistemologico, cavalcano la "paura sociale", la questione del *fine pena mai* andrebbe affrontata in termini prettamente giuridici, a partire dalla sua genesi e tendendo conto degli interventi giurisprudenziali e normativi susseguitesi nel tempo.

L'art. 22 c.p., cosi come modificato dopo l'intervento della corte costituzionale, vieta la sua applicazione agli imputati minorenni [34].

Si ritiene- da più parti- che la pena in parola se non viola il diritto alla vita, sicuramente viola quello all'esistenza [35], tanto che, sulla spinta dell'onda abolizionista è stata di frequente sottoposta al vaglio della Consulta che, pur riconoscendo la fondatezza della questione dell'applicazione del beneficio della liberazione anticipata [36], ancor oggi ribadisce la sua assoluta compatibilità con l'art. 27 Cost.[37]. Si assevera, infatti, che specie dopo l'entrata in vigore della l. n. 1634 del 25 Novembre 1962 e dell'ordinamento penitenziario, la pena perpetua ha cessato di essere tale e, pertanto, non contraria al senso di umanità né in contrasto con il principio della rieducazione del reo [38].

In effetti alla luce dei citati interventi legislativi (l. 1634/62, cit.) l'ergastolano, anche se non in "automatico" avrebbe comunque potuto accedere ai benefici pe-

---

31 L'istruzione, il lavoro, la religione, l'attività lavorative, sportive e ricreative sono strumenti insostituibili di risocializzazione; cfr. Di Gennaro-Breda-La greca, *loc. cit.*; Dolcini, *loc. cit*. V. di recente, Gonnella, in *Antigone*, 2013, 34: «Se in Italia, come in Germania, si facesse un'indagine sul problema dell'incidenza dell'istruzione sulla recidiva, risulterebbe ben chiaro che l'indice di reiterazione del reato si azzererebbe o quasi […], l'emancipazione delle devianze passa sempre dalla scuola e dall'educazione».

32 Cfr. Pugiotto, *Per una valutazione di radicale incostituzionalità della pena dell'ergastolo*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

33 Cfr. Papa Ffrancesco, *Corriere della sera*, 24.10.2014: "L'ergastolo è una pena di morte nascosta".

34 Corte cost., 28 aprile 1994, n. 168, in *Cass. pen*., 1994, 2382 ha stabilito l'illegittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. nella parte in cui non esclude la pena dell'ergastolo al minore imputato

35 Masulli*, Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, 15: «Che cos'è l'ergastolo? Non è la negazione di un segmento di vita o di tutta la vita residuale di un uomo? Esso è la negazione dell'uomo, di ciò che lo caratterizza più profondamente nel suo esistere, cioè nel fatto che mentre qualcosa muore, qualche nuova possibilità nasce. L'ergastolano nella sua condizione, di momento in momento, di ora in ora, vede morire parte di se stesso senza che nasca alcuna altra possibilità […]. La vita è quella di tutti gli animali, anche l'animale bruto vive ma l'esistenza è una cosa squisitamente umana perché designa la condizione che sperimentiamo momento per momento».

36 Corte cost., n. 273/1983: concessione della liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.) per l'ergastolano al fine di detrarla per rientrare nei termini previsti per la richiesta di liberazione condizionale (176 c.p.).

37 In riferimento alla compatibilità con l'art.176 c.p.: accesso alla liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo.

38 Cfr. Corte cost., sentt. nn. 204 /1974; 264/1974; 192/ 1973; 274/1983

nitenziari [39] e alla liberazione condizionale [40]. Le probabilità di accesso si sono ulteriormente "appesantite" con l'entrata in vigore della regolamentazione "Speciale" che ha investito alcune tipologie di rato commessi nell'ambito del terrorismo e della criminalità organizzata [41].

Come accennato la preclusione *iuris et de iure* in parola è stata espressamente estesa- a norma dell'art. 2 del D.l. n. 152 /1991, convertito in legge n. 203/1991 – anche alla liberazione condizionale (art. 176, cit.) dando luogo, così, allo "istituto dell'ergastolo ostativo" in merito a cui il Giudice delle leggi ha – comunque – ritenuto che «la disciplina censurata non impedisce in maniera assoluta l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora i divieto alla perdurante scelta di non collaborare con la giustizia, scelta che è assunta dal legislatore a criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere al fine di accertare il sicuro ravvedimento» [42].

Sinotticamente conforme all'assunto riportato, rinviene la successiva pronuncia ove, in materia di concessione dei benefici penitenziari, si ribadisce che «la preclusione prevista dall'art. 4 *bis,* comma 1, primo periodo, ord. penit. non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare pur essendo in condizione di farlo» [43]. Nella medesima prospettiva si è espresso il Giudice di legittimità [44] che anche di recente, nel dubitare della configurabilità di un autonoma tipologia di pena qualificabile come ergastolo ostativo, non discostandosi dal "crinale" costituzionalmente tracciato [45], si limita a motivare (quasi) per *relationem* con rinvio alla sua pronuncia del 2012 [46].

Preso atto dell'evidente distonia intercorrente tra la posizione "abolizionista" [47] e i riportati approdi giurisprudenziali, appare non condivisibile individuare nella scelta "collaborazionistica" «l'unico criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ad accertare il sicuro ravvedimento» [48].

La collaborazione e il ravvedimento, inoltre, costituiscono due entità ontologicamente diverse ove quest'ultima collide inevitabilmente con la presunzione assoluta di non avvenuta rieducazione per il solo persistere della volontà di non collaborare.

Molteplici, infatti, possono essere le ragioni che inducono il condannato a non collaborare, come ad esempio il «non voler permutare opportunisticamente propri vantaggi con la privazione della libertà di persone non più legate a quelle attività criminose», o, ancora, quando la non collaborazione sia ricollegabile ad un perico-

---

39 In riferimento alla concessione dei permessi premio, lavoro esterno, semilibertà (artt. 30 *ter* – 21 – 50 ord. penit.).

40 Cfr. art.176 c.p.,

41 Il riferimento è agli artt.4 *bis*, comma 1 *bis* e 58 *ter* ord. penit.

42 Cfr. Corte cost., 273/2001.

43 Cfr. Corte cost., 135/2003.

44 Cfr Cass., sez. I, 30 agosto 2012, n. 33018, E.M.

45 Cfr. *Supra,* nn. 42-43

46 Cass., sez. I, 30 aprile 2014, n. 18026, in *Dir. pen. proc.,* 2014, 1269, con nota di De Minicis, *Ergastolo ostativo, un automatismo da rimuovere.*

47 *Supra,* nota 35 e ancora, Sartarelli, *Corte Costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una* contradictio in terminis *ancora irrisolta,* in *Cass. pen.,* 2001, 1356.

48 Vedi, *supra*, note 45 – 46.

lo concreto di irrimediabili ritorsioni verso i propri famigliari [49]. Tanto meno la scelta collaborativa, secondo quando *id quod plerumque accidit,* risulta dirimente riguardo al sicuro e serio ravvedimento del propalante anzi è spesso frutto di un mero calcolo utilitaristico improntato alla sgradevole logica del *do ut des* funzionale a soddisfare (spesso) il ritorno a "mafiare" una volta "incassata" la libertà [50]. La pretesa collaborazione, inoltre, svilirebbe irrimediabilmente il diritto a non collaborare e/o restare in silenzio, configurando una insana violazione del codice di rito criminale (art. 188 c.p.p.) [51].

La richiesta si trasformerebbe, inoltre, nel dovere di collaborare ove si voglia, nonostante il positivo esito trattamentale, affrancarsi dallo *status* detentivo [52].

Le argomentazioni abolizionistiche su esposte, quantunque disattese dalle citate determinazioni espresse *in primis* dalla Consulta [53], troverebbero – di contro- cittadinanza nei recenti approdi della Corte Europea dei diritti umani.

4. *Corte E.D.U. – Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata o condizionale e art. 3 C.E.D.U.*

La questione di legittimità o meno dell'ergastolo ostativo potrebbe riproporsi in una prospettiva diversa in relazione ad un eventuale contrasto con l'art. 117 Cost., quale parametro interposto costituito dall'art. 3 C.E.D.U. [54] laddove, la Corte di Strasburgo, ribaltando l'orientamento pregresso che legittimava l'assoluta compatibilità tra l'ergastolo e l'art. 3 C.E.D.U. [55], ha più volte (nell'ultimo triennio) ravvisato una palese violazione dell'art. 3 C.E.D.U. nel caso in cui la condanna alla

---

[49] Eusebi, *Ergastolano non collaborante ai sensi dell'art. 4 bis*, *comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di fine?,* in *Cass. pen.,* 2012, n.04, 1220.

[50] Cfr. Fiorio, *Diritto penale e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2013, 128, «[N]on può negarsi il diritto alla rieducazione in nome della verità che il sistema ha il dovere di acquisire senza ricatto».

[51] Filippi – Spangher, *Manuale di diritto penitenziario,* Milano, 2007: in caso di collaborazione «[A] lla pena inflitta verrebbe attribuita una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa costituzionalmente imposta con un ulteriore violazione dell'art.188 c.p.p. laddove preclude l'impiego per finalità processuali di metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione».

[52] V. *supra,* nn. 49-50. Eusebi, *Ergastolano non collaborante ai sensi dell'art.4 bis*, *comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di fine?*, cit., «in questo modo la regola processuale del *nemo tenetur se detergere* resta sconosciuta, almeno per i reati di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., nella fase dell'esecuzione penale dove vige, all'opposto, l'incivile brocardo *carceratus tenetur alios detergere,* per cui al detenuto che voglia usufruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario e dal codice penale è imposto l'onere della collaborazione processuale».

[53] *Supra,* note nn. 42 – 43.

[54] Cost., art. 117, comma 1: l'esercizio della potestà legislativa statale in riferimento ai vincoli derivanti dall'Ordinamento Comunitario e dagli obblighi internazionali come quelli derivanti dalla C.E.D.U., *ex* art. 46, comma 1, «forza vincolante di esecuzione delle sentenze della Corte dei Diritti Umani di Strasburgo».

[55] Cfr. Corte eur. dir. uomo, 17 gennaio 2012, Harkins e Eduard, in *www.echr.coe.int;* in particolare, *ibidem,* 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, in *www.echr.coe.int:* la Corte, muovendo dalla contestazione che affinchè un trattamento o una punizione assumano una consistenza afflittiva da cadere sotto il divieto della norma in questione, è necessario che essi superino quel minimo di sofferenza e di umiliazione […], aveva ritenuto che la pena dell'ergastolo non potesse essere considerata in se contraria al divieto di cui all'art. 3 C.E.D.U.

pena perpetua non sia accompagnata dalla possibilità di liberazione anticipata o condizionale con la predisposizione di un apposito meccanismo di revisione che il detenuto ha il diritto di conoscere e che deve essere attivabile, in via generale, non oltre i venticinque anni dopo l'irrogazione della pena, oltre ad essere seguito da periodiche revisioni [56].

Dal recente *overruling* si evince che la pena dell'ergastolo senza possibilità (concreta e predeterminata) di liberazione condizionata o anticipata costituisce un *ill tratment* debitamente inquadrato nell'alveo dell'art. 3 C.E.D.U..

Permarrebbe, quindi, tuttora aperta la questione relativa alla compatibilità tra l'art. 3 C.E.D.U. e l'ergastolo ostativo autoctono ove, le evidenti affinità – *de iure et de facto* – di quest'ultimo con il censurato *Life imprisonment without* parole [57], inducono a prospettare un'ulteriore condanna dello stato resistente da parte della Corte di Strasburgo qualora –formalmente investita sul punto – per l'inadeguatezza del sistema penale-sanzionatorio e trattamentale [58].

In una prospettiva *de iure condendo* converrebbe, quindi, che il legislatore – pigrizia a parte - si interrogasse per poi decisamente provvedere se non all'abrogazione della pena infinita, quantomeno di qualsivoglia preclusione normativa che in sede esecutiva la rende decisamente resiliente all'idea rieducativa ovvero al divieto di tortura e di comportamenti inumani e degradanti (art. 3 C.E.D.U.) [59].

5. *Le proposte normative abolizioniste (art. 22 c.p. e art. 4 bis, comma 1, ord. penit.)*

Dopo l'inspiegabile deragliamento dei tentativi di riforma del codice penale vigente [60] – la cui genesi rinviene dal "nefasto ventennio" - e del disegno di legge approvato "a metà" durante la XVIII legislatura [61], l'ultimo triennio è stato caratterizzato dalla presentazione di vari disegni di legge relativi alla commutazione della pena dell'ergastolo in quella temporanea che, a seconda dei rispettivi *condi-*

---

56 Cfr. Corte eur. dir. uomo, 9 luglio 2013, Vinter ed Altri c. Regno Unito; *ibidem,* 20 maggio 2014, Laszlo Magyar c. Ungheria, in *www.echr.coe.int:* l'art.3 C.E.D.U. richiede che al condannato all'ergastolo sia garantito un giudizio di revisione della pena che tenga conto del percorso rieducativo svolto. Ogni condannato, inoltre, deve sapere in anticipo se e a quali condizioni vi sono prospettive di rilascio; di recente, Corte eur. dir. uomo, 4 settembre 2014, Trabelsi c. Belgio, in *dirittopenalecontemporaneo.it,* con nota di Parodi: «[P]er queste ragione la Corte ritiene che affinché una sentenza all'ergastolo sia in armonia con l'art.3 C.E.D.U. è necessario che l'Ordinamento nazionale preveda meccanismi di valutazione della condotta del condannato e del suo percorso verso la riabilitazione che consentano di stabilire se la perdurante carcerazione è ancora giustificata da esigenze repressive, preventive e riabilitative».

57 V. *supra,* nota 56

58 V. Corte eur. dir. uomo, 18 gennaio 2013, Torregiani ed Altri c. Italia, in *www.echr.coe.int; ibidem*, 17 settembre 2000, Scoppola c.Italia, in *www.echr.coe.int*.

59 Fiorio, *Antigone,* 2012 – 3, 157: «La recente storia legislativa evidenzia un legislatore pigro che tende a "rincorrere" la Corte Costituzionale metabolizzandone le conclusioni in nuove norme piuttosto che proporre nuovi schemi concettuali in ambito sanzionatorio. Al di là scorrettezza metodologica consistente nell'inserire brani giurisprudenziali in testi legislativi che dovrebbero, invece, caratterizzarsi per la generalità e astrattezza (ad es. gli artt. 4 *bis* e 41 *bis* ord. penit.), resta la sostanziale inutilità dell'operazione».

60 V. riforma del codice penale "Pisapia" e riforma del codice penale "Norgio": ambedue contemplano l'abolizione della pena perpetua.

61 Il riferimento è al disegno di legge che prevede l'abolizione dell'ergastolo che, nonostante la sua approvazione presso il Senato, è tuttora "parcheggiato" presso l'altro consesso.

tores, varierebbe nel massimo edittale dai trenta ai trentotto anni di reclusione [62].

La soluzione del *leadig case* - apparentemente più condivisibile – sembrerebbe quella prospettata dalla Commissione Ministeriale "Palazzo" [63] laddove, affrontando il tema della pena perpetua, nel prendere atto del carattere eminentemente politico che tuttora rende impraticabile la richiesta abolizionista [64], ha mantenuto la pena dell'ergastolo tra le pene principali previste per i delitti [65], ma nell'esclusiva ipotesi di più reati puniti con la detenzione speciale [66], seppur prevedendo l'estinzione della prima quando siano stati scontati trent'anni di reclusione, comprensivi anche dei periodi scontati in semilibertà o libertà vigilata a seguito della liberazione condizionale, salvo il sussistere di esigenze di previsione speciale [67].

In sintesi la pena dell'ergastolo verrebbe sostituita dalla sanzione di nuovo conio della detenzione speciale (da 24 a 28 anni di reclusione), ma sarebbe ancora comminabile nella sola ipotesi di più reati puniti a norma della seconda, salvo l'automatica estensione della prima dopo l'espiazione di trent'anni di pena laddove non sussistano esigenze di prevenzione speciale che dovranno comunque essere accertate e valutate – in concreto - dalla Magistratura di sorveglianza con periodicità (almeno) annuale. La proposta in materia contempla inoltre i meccanismi di adeguamento della legislazione vigente alla nuova disciplina prospettata ovvero la conversione dell'ergastolo già in esecuzione nella pena di ventotto anni di cui alla detenzione speciale [68].

6. (Segue): *Proposta di modifica dell'art. 4 bis, comma 1 bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2, comma 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203*

La proposta "Palazzo", inoltre, pur non abrogando in toto il comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* ord. penit. [69], eliminerebbe parte della norma relativa alla preclusione legale ove si richiede – come *conditio sine qua* non – l'attività collaborativa (art. 58 *ter* ord. penit.). La presunzione di inammissibilità della richiesta di concessione di previsti benefici inerisce in modo particolare al caso dell'ergastolano "non collaborante" risulta estraneo a qualsiasi affrancamento della condizione detentiva anche solo temporaneamente (art. 30 *ter* ord. penit.) eccetto il caso dei previsti permessi eccezionali (art. 30 ord. penit). la modifica prospettata, ove ascoltata, trasforme-

[62] Cfr. Proposta di legge Gozzi e Altri, assegnata alla seconda commissione Giustizia in sede referente il 2 agosto 2013; proposta per l'abolizione dell'ergastolo presentata dall'On. Le Speranza, assegnata alla seconda commissione Giustizia in sede referente il 25 giugno 2013; proposta di legge per l'abolizione dell'ergastolo presentata dall'On. Le Marazzini, assegnata alla seconda commissione permanente (Giustizia), in sede referente il 5 agosto 2013).

[63] Commissione Ministeriale presieduta dal Prof.re Palazzo, incaricata di elaborare proposte di intervento in tema di sistema sanzionatorio penale, istituita con D.M. del 10 giugno 2013

[64] Rel. "Palazzo", punto 12, 4: in riferimento alle recenti vicende della richiesta di *referendum* abrogativo della massima pena.

[65] Cfr. Rel. "Palazzo", cit., 16: art.1: pene principali per delitti: 1) multa; 2) pena prescrittiva; 3) detenzione domiciliare; 4) detenzione; 5) detenzione speciale; 6) ergastolo.

[66] La detenzione speciale prevede una pena temporanea che va da un minimo di ventiquattro anni ad un massimo di ventotto anni di reclusione.

[67] Cfr. *supra*, note 64 – 65 – 66; *Relazione*, cit., 17.

[68] *Relazione*, cit., 5, par. IV, punto 12.

[69] Cfr. Proposta "Palazzo": Modifica dell'art. 4 *bis,* comma 1 *bis*, legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 152/1991, conv. in l. 203/1991, in *www.penalecontemporaneo.it.*

rebbe la vigente presunzione assoluta in quella relativa e, pertanto, superabile se confermata da adeguata motivazione del Giudice della pena laddove «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terrorista o eversiva» [70] restituendo, vieppiù, alla giurisdizione le proprie prerogative funzionali alla trasformazione quantitativa e qualitativa della pena attualmente vincolata al discutibile parallelismo tra collaborazione e ravvedimento, entità che, come accennato, risultano – per genesi e sostanza – ontologicamente distinte e distanti. E' auspicabile un approccio legislativo pragmatico al problema, viste le innumerevoli richieste di collaborazione impossibile e inesigibile che gravano l'attività del Giudice della pena già "segnato" dall'insufficienza di organico. Alla luce di quanto esposto sarebbe ragionevole confidare che Governo e Parlamento, abbandonato l'idea del facile ed immediato consenso frutto delle politiche sicuritarie ed iniziando a "nutrirsi" del sapere scientifico, formalizzassero le auspicate modifiche alla disciplina vigente, apertamente dissonante con il dettato Costituzionale [71].

7. *Considerazioni conclusive*

La pluriventennale "cura" carcerocentrica ha indubbiamente "ristretto" la portata di alcuni diritti della persona in *vinculis*. Le vigenti previsioni e restrizioni trattamentali – sia durante la fase dell'esecuzione penale che durante quella prettamente custodiale – cautelare [72], legate esclusivamente alla natura del reato commesso e disposte a mezzo di misure atipiche benchè in aperto contrasto con il principio di tassatività (279 c.p.p.) [73] e giurisdizionalità cautelare (279 c.p.p.) – sono causa del fattivo allontanamento dell'idea educativa. L'incarceramento prodotto dalle politiche sicuritarie e il relativo oscuramento delle garanzie costituzionali [74], minano alla radice lo Stato sociale di diritto laddove prende il sopravvento lo "Stato Penale" [75] limitatamente contrastato dalle recenti politiche deflative [76] attuate per mera necessità [77]. La cognato ripensamento delle politiche penali, attuabile con interventi doverosamente anticipatori rispetto a quello giurisdizionale, restituirebbe la dovuta dignità alla istituzioni gravate, allo stato, da una tasso di fiducia presso la comunità a dir poco imbarazzante.

In particolare, una ragionevole rivisitazione dell'ergastolo ostativo e delle citate preclusioni legate costituirebbero il punto di partenza di una legittima riappro-

---

[70] D.M 16 giugno 2013: v. riunioni plenarie del 28 giugno 2013; 19 luglio 2013; 13 settembre 2013; 4 ottobre 2013; 22 novembre 2013.

[71] Giostra, *Questione Carceraria, Governo dell'insicurezza sociale e politica criminale*, in *Questioni Giustizia*, 2014, n. 2; De Minicis, *Ergastolo ostativo, automatismo da rimuovere,* in *Dir. pen. proc.,* 2014, 1269.

[72] Tra le varie v. l'applicazione del regime detentivo speciale, *ex* art. 41 *bis* ord. penit. anche per gli imputati.

[73] Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Dir. pen. proc*., 2012, 409: «Dove, infatti l'esecuzione? Dove il penitenziario?».

[74] *Supra,* Bobbio, nota 8, cit.

[75] Wacquant, *Parola d'ordine tolleranza zero, la trasformazione dello Stato Penale nella Società Neoliberalista,* Milano, 2000.

[76] Cfr. *supra* le note 13, 14.

[77] In riferimento alle recenti condanne pronunciate dalla Corte E.D.U. per l'insostenibile sovraffollamento delle carceri italiane, v. nota 15.

priazione dell'idea rieducativa ovvero di una giustizia restaurativa se non riconciliativa e (ove fosse possibile) riparativa che superi il retaggio del carcere come centro del sistema sanzionatorio.

«La reclusione non si concilia con la dignità umana e toglie il diritti al proprio tempo. […] Diciamo che la commissione fa sorgere nel colpevole il dovere di pagare il suo debito con la società. Il carcere è un modo di soddisfare una pulsione sociale che richiede segregazione e espiazione attraverso il dolore. Cosa ne ottiene la società?. […] Non sarebbe più coerente una sanzione risarcitoria del danno commesso, con gravosi interessi che intacchino le stesse condizioni di vita del condannato, che lo costringono a vivere cambiando vita?» [78].

L'agognato approccio "riparativo" è ben lontano dalle corde del legislatore che, allo stato è dibattuto tra la "imposta" decarcerizzazione [79] e le persistenti pulsioni sicuritarie [80], come l'imminente entrata in vigore degli aumenti di pena inerenti il falso in bilancio e le condotte corruttive per le quali il predisposto decreto legge prevede il raddoppiamento dei termini di prescrizione (art. 175, c.p.).

In definitiva, il carcere, in mancanza di un improcrastinabile e sistematico intervento in ambito sanzionatorio e trattamentale (a parte migliori intenzioni), resta una istituzione di *confine* deputata alla carcerazione dei *paria* e dei pochi "burosauri" votati al facile arricchimento e per i quali l'implementazione dei seri interventi interdittivi costituirebbero – diversamente dalla breve detenzione per lo più domestica – un efficace deterrente per una eventuale condotta reiterativa.

LUIGI TROMBETTA

[78] ZAGREBELSKY, *La Repubblica,* 23 gennaio 2015, 41.

[79] La vicenda Torreggiani costituisce il punto di partenza degli ultimi interventi decongestiona che hanno investito anche l'aspetto processualsanzionatorio come, appunto, l'intervento sull'articolo 73 del D.P.R. n. 309 /1990, quale reato autonomo punito con pene più lievi che ha – di conseguenza – mitigato le preclusioni previste dalla L. 251/2005(recidiva reiterata); v.si non ultimo , il trattamento sanzionatorio delineato dalla nuova norma che ha trasformato l'arresto da obbligatorio a facoltativo.

[80] In aperta contraddizione con l'impegno deflattivo, ci si accinge ad aumentare le pene per i furti domestici e le rapine, novità che renderebbe obbligatoria la misura detentiva e più arduo l'accesso ai benefici penitenziari.

IL VALORE ETICO DELLA GIURISPRUDENZA

Avvertenza

Il Presidente Borruso, partendo per le vacanze, il 20 luglio 1994 mi scriveva:

"[…] Le riflessioni sull'impossibilità (il più delle volte) di applicare automaticamente la legge mi hanno spinto ad approfondire il valore della giurisprudenza che è indispensabile per interpretarla e (non raramente) per integrarla. Sono arrivato a convincermi che tale valore non è scientifico, bensì etico e che, pertanto, la prima dote del giurista non è la scienza, ma l'etica. In altri termini, un giurista di scarsa sensibilità o, peggio, immorale, non è un giurista. Per spiegarlo (in particolare agli studenti del corso di informatica giuridica) ho cominciato con buttar giù le pagine che ti unisco e il cui contenuto (ovviamente riveduto e completato) mi verrebbe il desiderio di veder pubblicato in un librettino il cui titolo potrebbe essere: «Il valore etico della giurisprudenza» […]".

In una grande busta mi faceva avere il penso, che constava di 60 fogli, pieni di quella sua scrittura chiarissima, riprodotti da una fotocopiatrice nel formato A4. Avrebbero potuto passarsi come stavano alla tipografia; ma non se ne fece poi nulla per il sopravvenire di altri impegni. Sono rimasti fino ad oggi a casa mia. Il valoroso allievo perugino del presidente Borruso, il dottor Leonello Mattioli, cui nulla sfugge del suo maestro, mi dice che nelle opere stampate si trovano sparsi alcuni fra i motivi del "librettino", ma non lo svolgimento arioso di queste pagine. Mi sono limitato a trascriverle, correggendo in nota qualche rarissimo momento di distrazione e sciogliendo i richiami. Per risolvere congetturalmente certi rebus delle note 23-25 è stata determinante l'opera del Mattioli; e mi ha confortato l'amico Raffaello Lupi, lieto come sempre di esercitare l'ingegno vivace.

Severino Caprioli

La parola "legge" deriva dal latino *lex*, la cui radice è comune a tutte le parole che in quella stessa lingua indicano un legame: cioè qualcosa che, al tempo stesso, unisce e vincola. Il carattere obbligatorio della legge è reso quindi evidente dalla comunanza di significato etimologico delle due parole, in quanto anche la parola "obbligazione" deriva da *ob-ligare*.

Il carattere della obbligatorietà insito nella parola legge rende evidente che essa consiste in un comando, in un ordine (o imperativo che dir si voglia, positivo o negativo: in quest'ultimo caso sussiste un divieto), perché solo essi possono essere obbligatori: l'obbligo attiene infatti non all'essere, ma al dover essere. E il dover essere non sempre coincide con ciò che in realtà poi si verifica. Sicché è immanente al concetto di legge quello non solo di violazione, ma anche di ribellione. La legge naturale (o fisica che dir si voglia) non è quindi legge nel senso di cui si parla qui.

La legge è quindi un limite alla libertà individuale. Tutto ciò che non è imposto o non è vietato rimane, quindi, libero per definizione.

Poiché però per le ragioni che saranno poi esposte ordini e divieti possono generare incertezza su ciò che rimane libero, la legge può consistere anche nella precisazione di permessi e quindi nell'attribuzione di facoltà: al "deve" si alterna quindi anche il "può".

Il rapporto tra legge e libertà non è però sempre un rapporto di alternatività, nel senso che la libertà comincia dove finisce l'àmbito di applicazione del co[*p. 2*]

mando o del divieto: molte volte è invece un rapporto teleologico, nel senso che la legge è stata emanata proprio al fine di consentire al singolo l'esercizio di determinate libertà senza che altri possano impedirle o molestarle. Tra queste, primissima quella di invocare la legge a proprio favore per la tutela di un interesse personale. Accanto alla legge in senso oggettivo, inteso come *norma agendi*, si pone così il concetto di "diritto soggettivo", inteso come *facultas agendi*.

Si può vivere senza leggi? Certamente no. E non soltanto perché ogni uomo non vive (e non può vivere) da solo, sicché è giocoforza che ci siano regole idonee ad evitare che l'esistenza consista in una lotta selvaggia e continua di ognuno contro tutti (tanto che giustamente si è detto: *ubi societas, <ibi> ius*)[1], ma innanzitutto perché il "dover essere" rappresenta una categoria mentale tipica ed ineliminabile di ogni uomo che abbia consapevolezza di sé (e che quindi non sia un selvaggio): anche l'anarchico infatti, che si riproponga di vivere senza leggi, eleva, senza che se ne accorga, un principio (appunto quello di non voler rispettare alcuna legge) a legge della sua vita.

La legge quindi è connaturata all'uomo anche [*p. 3*] quando è l'espressione suprema della propria libertà più mutevole e incontrollata, ovvero anche quando – tanto per configurare il caso-limite opposto– i comandi, i divieti, i permessi non siano fissati in una legge, ma siano rimessi al volere, sia pure a livello di "capriccio", insindacabile, espresso di volta in volta rispetto ai casi concreti della vita da un singolo uomo (il monarca, il principe, il despota, il tiranno), o da una oligarchia o dall'insieme di tutti i membri della collettività. Anche in quest'ultimo caso infatti una legge almeno c'è, se pur non scritta e neppure verbalmente esplicitata, ma in realtà operante: quella di dover obbedire a tale volontà.

Non tutte le leggi infatti sono espresse: vi sono anche le leggi tacite: ciò che tacitamente si ritiene (almeno da taluno) che debba esser fatto o non fatto o <che> sia permesso. Anch'esse fanno parte di quello che chiamiamo il "diritto vivente".

Intesa la legge come ciò che "deve essere" (ma in realtà può anche "non essere" per mancato rispetto di essa), essa ha un duplice e contraddittorio rapporto con la libertà: da un lato la limita, ma dall'altro lato la invera, in quanto verrebbe meno una libertà fondamentale se non si fosse liberi di darsi un<a> legge [*p. 4*] e di accettare una legge posta da altri.

La libertà trova nella legge un altro decisivo conforto: poiché la vita si raffigura in un certo senso come un giuoco tra antagonisti e poiché ogni giuoco siffatto ha bisogno di un arbitro dotato di autorità sufficiente per dirimere i contrasti, se l'unica legge fosse quella per effetto della quale si deve accettare il responso dell'arbitro, quale che esso sia, l'arbitro diverrebbe un despota: egli stesso non avrebbe alcun criterio per sapere se le sue decisioni siano espressione di momentanei stati emotivi non approfonditi nella loro genesi, o ancora peggio di mero capriccio esercitato per il gusto del potere (la maggiore delle tentazioni cui l'uomo sia esposto e la fonte di ogni corruzione). I soggetti al suo giudizio, d'altra parte, essendo esso mutevole e imprevedibile, non avrebbero più quel minimo di sicurezza di cui l'uomo ha bisogno per agire con un minimo di libertà e di tranquillità: non sarebbero più cittadini, figli, ma semplicemente schiavi alla mercè di un padrone schizofrenico.

[*p. 5*] La mancanza della legge si risolve perciò necessariamente nella sopraffazione, o quanto meno nell'asservimento dei più ad uno (il monarca-despota, tipo "faraone") o ad una minoranza (oligarchie). Storicamente una siffatta soggezione è

[1] È la formula accolta da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze 1946, 25s. (che integro). Vedi peraltro F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano 1949, pp. 21, 36. Gli informati sanno che questa formula comparve nel commento di Heinrich von Cocceji al Grozio.

stata respinta dall'uomo in nome e per effetto del monoteismo etico, che ha trovato la sua prima estrinsecazione nella religione ebraica. Se esiste un solo Dio da cui tutto deriva, e se l'uomo (ogni uomo!) è sua creatura ed è fatto a sua immagine e somiglianza (tanto da poterne ascoltare la parola attraverso la voce della coscienza, rimanendo libero di applicarla o meno), solo a Dio si può essere incondizionatamente soggetti, solo il suo volere è legge, tutti gli uomini hanno pari dignità e l'autorità (chiunque essa sia) in tanto è tale (legittima) solo se applica e nei limiti in cui applica la volontà di Dio e solo Dio non può essere soggetto al giudizio dell'uomo. In tal modo non vi è più alcuna possibilità di conflitto tra libertà e legge, perché lo scopo primario della vita per ogni uomo sensato diventa attuare la legge di Dio: una legge dunque non in funzione di limite, ma di meta finale e di guida al suo [*p. 6*] raggiungimento, che coincide necessariamente con il bene di ognuno e di tutti.

Comincia così a delinearsi nella coscienza il concetto di legge come qualcosa di distinto, e anzi di contrapposto, al semplice volere dell'uomo più forte, o di una maggioranza sopraffattrice, di una "sfida" basata in definitiva sulla violenza dei propri simili: distinzione fondamentale, in quanto sarebbe riduttivo e forse anche falso pensare alla legge soltanto come ad un imperativo fornito di coazione, diretta o indiretta che sia. La coazione, anche se insita nella maggior parte delle leggi, non è un requisito né indefettibile né esclusivo rispetto al concetto di legge: suicidarsi o prostituirsi non è legalmente lecito, ma non è punito dalla legge; d'altra parte contravvenire a certe regole della buona creanza o della morale non recepite in legge può comportare per il contravventore sanzioni durissime, ancorché extralegali, come ad esempio il rimorso, l'emarginazione e ilo disprezzo sociale (molto più temibili di sanzioni legali spesso di trascurabile peso afflittivo).

La legge nasce quindi come legge religiosa e come legge morale (anche se oggi quando si dice "legge" si pensa quasi sempre soltanto alla legge dello Stato), [*p. 7*] come volontà oggettiva esterna all'uomo, da lui non modificabile perché imposta da una entità a lui superiore e che lo trascende (dapprima Dio, poi la *polis*, quindi la *res publica*).

Questa necessità di oggettivazione esterna (con tutto ciò che essa significa per la libertà e la dignità di ogni uomo) non sarebbe stata certamente possibile se provvidenzialmente non fosse stata inventata la s c r i t t u r a: una legge tramandata per via esclusivamente verbale, e quindi che restasse affidata esclusivamente alla memoria, subirebbe fatalmente alterazioni, sia pure inconsapevoli, nel tempo e nello spazio, sicché alla fine coinciderebbe con la volontà soggettiva, e quel che è più grave con le sue mutevoli determinazioni emotive. Se è vero infatti che la memoria è essenziale all'uomo per avere <quella> coscienza di sé che si identifica in buona parte nel ricordo del proprio passato (tanto da potersi dire che la conoscenza tra due o più persone si esaurisce nella reciproca conoscenza dei rispettivi passati), è anche vero però che la rappresentazione del passato cambia mano a mano che altre esperienze, che altri ricordi si aggiungono a quelli archiviati nella mente, che i ricordi col [*p. 8*] passar del tempo divengono sempre più pallidi, che il ricordo è tanto più persistente quanto più forte è l'emozione avuta nell'assistere al fatto ricordato, che ricordando noi ciò che ci ha più emozionato, l'estensione e la precisione del ricordo rimane legata alle condizioni mutevoli del nostro stato d'animo, che essendo per istinto portati ad allontanare ciò che ci procura dolore ed essendo molti ricordi fonte di acuto dolore, talvolta addirittura intollerabile, siamo per natura portati a rimuoverli seppellendoli, al più, nell'inconscio; sicché in definitiva ciò che ricordiamo non ha più niente a che vedere con la genuina realtà del passato, filtrando questa attraverso la lente deformante del nostro presente, tanto

da potersi dire che il passato da noi ricordato è sempre un "passato-presente". Per rendersi conto di tutto ciò basta rileggere quanto ciascuno di noi abbia scritto in un lontano passato o guardare una nostra vecchia fotografia: proviamo una sensazione di sorpresa, di meraviglia, stentiamo quasi a credere che si tratti proprio di noi, quali noi ci ricordiamo di essere stati. In realtà si [*p. 9*] tratta di "altri", col quale possiamo magari dialogare, ma in cui non possiamo certo più identificarci neppure attraverso il ricordo. Si tratta di "altri" che ormai, fissato per sempre nella staticità del documento scritto o filmato, vive di una vita propria, oggettiva, immutabile.

Anche per la legge si è verificato, con l'avvento della scrittura, lo stesso fenomeno di oggettivazione, di spersonalizzazione, di immodificabilità. Una legge verbale vive e si modifica (inconsapevolmente) come noi stessi di giorno in giorno ci modifichiamo, tanto da essere una cosa sola con la nostra coscienza; una legge scritta invece vive di vita propria, inalterabile: è quasi la voce di una persona diversa da noi (un "alieno"), ferma nel tempo, in grado di giudicarci dall'esterno, ideale e irrinunciabile in una società di eguali, ove si vuole che nessuno possa essere giudicato ed eventualmente condannato da un suo simile e neppure dall'insieme di tutti i suoi simili (cioè dalla collettività), perché oggetto del giudizio è sempre un fatto passato [*p. 10*] (anche se recente è ciò che è stato fatto), mentre il giudizio umano è un fatto presente, ma è per forza di cose il frutto di quello che noi sentiamo e pensiamo oggi.

Giustizia vorrebbe invece che i fatti del passato fossero giudicati con i criteri e i sentimenti vigenti nel momento stesso in cui furono commessi, e che ancor più non si cambiasse il metro di giudizio per motivi opportunistici, soggettivi, passionali, a seconda della persona da giudicare; e che soprattutto si avesse la possibilità, al momento di commettere un fatto, di conoscere la legge che lo vietava o che riconnetteva ad esso determinate conseguenze sfavorevoli: esigenze queste soddisfatte tutte ed esclusivamente dalla legge s c r i t t a. Solo essa è infatti inalterabile nel tempo e nello spazio e conoscibile da tutti preventivamente, completamente e continuamente, come è necessario per soddisfare il principio di responsabilità, che è alla base del senso della giustizia secondo il monoteismo etico. Dio infatti avrebbe creato uomini dotati di libero arbitrio (libertà più volontà), che in tanto [*p. 11*] meritano di essere puniti solo in quanto, avendo avuta la preventiva conoscenza della legge, l'abbiano poi deliberatamente trasgredita (come nel caso del "peccato originale", archetipo di tutte le trasgressioni responsabili).

La preventiva conoscenza della legge è quindi in questa *Weltanschauung* fondamentale al pari della sua imparziale e costante applicazione: e tutto ciò si vuole compendiare nell'espressione "certezza del diritto", storicamente preziosa anche per lo sviluppo economico della società, <dal momento che>[2] proprietà, lavoro, denaro in tanto sono valori economici in quanto siano giuridicamente protetti e si abbia la certezza di tale protezione (A. Manzoni[3]).

Monoteismo etico, libertà, responsabilità, eguaglianza, giustizia, sviluppo economico sono tutti valori che si compendiano nella necessità della legge scritta, pietra d'angolo della nostra civiltà e cultura. In quest'ottica deve essere valutata la legge che Mosè consegnò agli ebrei scolpita su due tavole di pietra. E su dodici tavo-

[2] Sembra da correggere così il sintagma "in quanto".

[3] Pare citato genericamente A. Manzoni, *Lettera al signor professore Girolamo Boccardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria* (1862), § 1, rist. in *Tutte le opere*, cur. B. Cagli, Roma 1965, specialmente § 1, 986-989 (cfr. 1049); e ripr. anast. in un volumetto *Processo Manzoni Le Monnier*, Vimercate 1984, 22-30. Cfr. pure su quell'episodio significativo *La critica del testo come scienza giuridica, ovvero Ecdotica more iuridico demonstrata*, nella *Rivista internazionale di diritto comune* 2008, 69.

le di bronzo il popolo romano, nel [*p. 12*] 450[4]a. C. volle[5] fossero scritte, per esporle nel Foro e renderle così conoscibili a tutti, le norme in quel momento ritenute più importanti e fino ad allora tramandate verbalmente da una piccola oligarchia di patrizi, che così conoscendole essi soltanto, potevano applicare (o disapplicare) a loro piacimento, dando luogo ad intollerabili arbitrii (o al sospetto dei medesimi, che non è meno grave se si vuole una autentica pace sociale). I plebei, costringendo i patrizi a rendere pubbliche attraverso la scrittura tali norme, realizzarono una delle prime e più decisive vittorie nella lunga marcia da essi tenacemente compiuta per il raggiungimento della parità dei diritti con i patrizi.

E a questi due esempi se ne potrebbero aggiungere tanti altri, tutti convergenti nel dimostrare storicamente quanto sia stata essenziale la legge scritta al cammino della civiltà in termini di libertà, eguaglianza, responsabilità, sicurezza. [*p. 13*] Purtuttavia per una di quelle contraddizioni che così spesso caratterizzano le umane vicende, la legge scritta, mentre da un lato non ha soddisfatto che in piccola parte le esigenze da cui è nata, dall'altro lato ha creato una infinità di altri problemi prima inesistenti, tutti riconnessi alla complessità della comunicazione umana. Gli uomini infatti hanno sì per comunicare il dono meraviglioso della parola (essenziale per trasmettere il pensiero specie nella sua componente più specifica del ragionamento e del comando o dell'accordo), ma il suo uso non solo è insufficiente, ma nient'affatto semplice, sì da creare facili occasioni di fraintendimenti e d'inganni, fino al punto di provocare talvolta un disperato senso di incomunicabilità e di alienazione. Insufficiente perché l'uomo comunica non soltanto con la parola, oggettivamente considerata, come appunto può esserlo quella scritta, ma anche con il tono di voce usato nel pronunciarla, con il gesto (soprattutto delle mani), con l'espressione del volto, con le [*p. 14*] pause e addirittura col silenzio.

Se si vuole pertanto che un messaggio scritto sia fedele quanto può esserlo un messaggio verbale, non bisogna limitarsi a mettere per iscritto le parole che costituiscono quest'ultimo, ma il più delle volte aggiungerne e/o sceglierne delle altre, che possano rendere compiutamente e inequivocabilmente il messaggio sulla base del solo scritto.

Non semplice l'uso della parola scritta, perché il significato di quanto noi esprimiamo a voce si integra logicamente con il contesto immancabile in cui la parola è proferita. Ad esempio "Basta!" può significare a seconda di come è pronunciato tanto "Mi è sufficiente" quanto "Non tollero oltre", cioè due messaggi ben diversi di significato. Idem: "Ce ne vuol poca di pazienza" può significare che ce ne vuole veramente poca, o al contrario tanta. Tutto dipende dall'atteggiamento risoluto o di rassegnazione con cui tale frase sia pronunciata. Chi porge un bicchiere e dice "Versami acqua" non c'è bisogno che precisi dove l'acqua vada versata e in quale quantità: è sottinteso nel gesto che va versata nel bicchiere e fino a riempirlo, senza però creare il rischio del trabocco. Se non appena Caino ha ucciso Abele, la voce della coscienza dice "Non uccidere", non v'è bisogno di specificare che il divieto riguarda l'uccisione di un uomo e non implica quindi il problema dell'uccisione degli animali o di altri esseri viventi. Se invece io trovo scolpito su una lapide di pietra lo stesso conciso comandamento, io posso dubitare, in mancanza di un contesto cui riferire l'iscrizione, se esso voglia riferirsi [*p. 15*] solo all'uccisione di persone ovvero in generale a quella di tutti gli esseri viventi.

Questa integrazione continua tra il discorso verbale e le circostanze di fatto nel

[4] Inavvertitamente il Borruso scrive "350". È accettabile la data 451-450: elementi e discussione in P. De Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma (1948), 77-81.

[5] "vollero" scrive.

cui contesto viene pronunciato (un'integrazione simile a quella tra le immagini di un film e la colonna sonora che ne accompagna lo svolgimento) e che porta a risolvere in pratica tante ambiguità del linguaggio, costringe quindi chi scrive ad usare tutte le parole necessarie per sopperire alla mancanza di un contesto visibile; ma d'altro lato lo studio a ciò necessario lo induce anche non solo a chiarire meglio l'espressione del pensiero, ma anche e sopratutto ad approfondire il pensiero stesso in relazione a tante altre circostanze di fatto diverse da quelle del contesto in cui storicamente è sorto. Il pensiero così da pensiero "storico" strettamente legato al fatto contestuale da commentare, diventa un pensiero "ipotetico", che prende in considerazione non solo il passato e il presente, ma anche il futuro e il futuribile (inteso come il passato che avrebbe potuto essere e che invece [*p. 16*] non è stato). In tal modo il pensiero, articolato da tanti "se" e da tanti "ma", diventa infinitamente più ricco, più consapevole, più comunicativo.

Queste potenzialità del discorso scritto sono ovviamente tenute ben presenti dal lettore, il quale quindi è portato a interrogarsi anche sul significato della loro mancata manifestazione da parte dell'autore. Chi legga ad esempio il lapidario comando mosaico "Non uccidere"[6], ignorando in quale contesto esso sia stato pronunciato, è portato subito a chiedersi se esso escluda la liceità di uccidere anche per legittima difesa o per necessità: quale significato debba cioè darsi al fatto che –pur avendo avuto chi ha scritto tutta la calma e la concentrazione mentale necessarie per prevedere il caso (tutt'altro che peregrino) che si possa essere indotti ad uccidere per difendersi da un'aggressione–, tuttavia non abbia voluto condizionare o limitare in alcun modo il comando dato, ritenendolo quindi assoluto.

Egualmente potrà essere indotto a chiedersi quale sia l'estensione del significato della parola "uccidere": implica necessariamente la violenza (come nel caso dell'uccisione di Abele), [*p. 17*] ovvero si estende anche all'uso della frode e dell'inganno (come nel caso di avvelenamento clandestino di cibo poi ingerito volontariamente dalla vittima ignara), oppure si estende persino all'ipotesi di dare una dolce morte a chi, vincendo il proprio istinto di conservazione addirittura la invochi per sottrarsi ad un'intollerabile sofferenza fisica o morale?

Nasce così il p r o b l e m a d e l l ' i n t e r p r e t a z i o n e, che se riguarda in generale tutto il fenomeno della comunicazione, attiene in modo particolare alla legge scritta: concepita per essere uniforme nel tempo e nello spazio, oggettiva e spersonalizzata (come ben si evince ad esempio nel secondo comma dell'articolo 101 della nostra Costituzione, dove si dice "I giudici sono soggetti soltanto alla legge"), essa trova nell'interpretazione la sua realizzazione e paradossalmente la sua negazione. La sua realizzazione, perché l'interpretazione della legge è un momento ineliminabile per passare dalla sua semplice lettura alla sua applicazione; ma anche la sua negazione, perché attraverso l'interpretazione non vi è più alcuna garanzia che [*p. 18*] la sua applicazione rimanga costante nel tempo e nello spazio, potendo ben verificarsi che le interpretazioni siano diverse da persona a persona (*tot capita, tot sententiae*)[7] da luogo a luogo, da periodo a periodo. Così legge scritta e interpretazione sono come due sorelle siamesi, di cui la prima sembra dire alla seconda: *Nec sine te nec tecum vivere possum)*[8].

La riprova di questa antiteticità la si coglie nel constatare che quasi tutti i gran-

6 *Ex* 20,13; *Deut* 5,17.

7 Anche in questa forma è passato in proverbio un pensiero di Terenzio: vedi R. Tosi, *Dizionario delle sentenze latine e greche*, Milano 1991, num. 537 (con altri richiami).

8 Per questo verso degli *Amores* di Ovidio, 3,11,38 e per la sua fortuna Tosi, *Dizionario*, cit., num. 1401.

di legislatori hanno osteggiato i "glossatori", come nel medioevo si chiamavano gli studiosi della legge; che per forza di cose non potevano limitarsi a leggerla, magari impararla a memoria o trascriverla o declamarla, ma dovevano, come ogni studioso della legge deve anche oggi, interpretarla per poterla applicare ai casi pratici della vita. Qui sta infatti la differenza tra la legge e una poesia, un romanzo, un'opera di teatro, un brano di musica: è vero che sono tutti testi scritti da far rivivere, ma questi ultimi sono stati scritti solo per procurare piacere nel leggerli o nell'ascoltarli, e comunque per trasmettere pensieri, sentimenti, emozioni. È vero che anch'essi non sfuggono alla ineliminabilità dell'interpretazione e che quest'ultima può anche differire notevolmente dall'intenzione [*p. 19*] dell'autore; ma una tale divergenza non è affatto di gran danno, anzi talvolta è utilissima, perché un'opera di pensiero è tanto più di valore quante più forze suscita nell'animo di chi la recepisce indipendentemente dalla direzione di tali forze. Chi si preoccupa infatti delle conseguenze che può suscitare, ad esempio, l'ascolto di una musica di Wagner?

Ben diversa invece è la preoccupazione che desta l'interpretazione di una legge, perché essa è stata scritta non per un motivo estetico, ma per un motivo pratico (il rispetto di una volontà, l'attuazione di un comando) e perché la divergenza può essere imprevedibilmente assai ampia, in quanto la legge nella maggior parte dei casi si estrinseca non nella regolamentazione di un caso particolare concreto (come avviene invece ad esempio nelle cosiddette "istruzioni per l'uso" di una determinata macchina, ove ogni istruzione trova un preciso riferimento in una ben nota e invariabile particolarità della macchina stessa, sicché essa ha un àmbito ben preciso da cui non può debordare), bensì nella regolamentazione di un caso astratto (la cosiddetta "fattispecie legale" in contrapposto alla "fattispecie concreta", applicabile come principio generale [*p. 20*] a qualsiasi caso concreto e particolare che sia inquadrabile nel primo in base alle categorie del nostro pensiero, vigenti in un determinato tempo e luogo, ed <alle> corrispondenti parole necessarie per esprimerlo.

Perché la legge ha solitamente i caratteri della generalità e dell'astrattezza? Per fare il più banale degli esempi, il legislatore preferisce usare il termine "uccidere" anziché strangolare, impiccare, affogare, asfissiare, avvelenare, pugnalare, fucilare, eccetera? Per due semplicissime ragioni. Innanzi tutto perché l'enumerazione sarebbe troppo lunga e si correrebbe il rischio di dimenticare qualcuno dei modi specifici attraverso i quali si può provocare la morte, cioè l'evento che si ha interesse di evitare con la proposizione della norma. In secondo luogo perché si vuole estendere il comando a tutti i possibili modi di uccidere, compresi quelli ancora da inventare, o che comunque non potevano essere previsti "a priori", in modo da evitare che contro ogni senso di giustizia possa eludere il divieto chi riesca a escogitare un modo nuovo di uccidere: finalità questa primaria per la legge, che risolvendosi in un comando o comunque in [*p. 21*] un obiettivo da raggiungere (il dover essere), non può che riguardare il futuro, non mai il passato: e ciò non tanto per il principio della responsabilità, ma per l'incoercibile forza della logica. La legge infatti può riguardare il passato al più come riconnessione ad un fatto passato di una conseguenza da realizzarsi ora o in futuro: ed è appunto a siffatta conseguenza che attiene il comando.

Tutto ciò spiega anche perché, se è vero che una legge consistente in una lapidaria affermazione di principio lascia ampi margini di incertezza al momento della sua concreta applicazione, ed una eccessiva libertà all'interprete (che nega la stessa funzione primaria della legge); è anche vero che aggiungere alla lapidaria affermazione di principio condizioni, limitazioni, precisazioni può essere ancora più di danno che di vantaggio rispetto al raggiungimento dello scopo sostanziale

del legislatore. Se il legislatore infatti non ne enuncia alcuna, si può presumere che abbia volto lasciarle sottintese e quindi ricostruibili da parte dell'interprete; ma [*p. 22*] se al contrario ne enuncia anche una sola, allora la presunzione più logica è che abbia voluto escludere tutte le altre, essendosi il legislatore innegabilmente posto il problema dei limiti del comando. Se ad esempio il comando mosaico non si fosse limitato al secco "Non uccidere", ma avesse aggiunto "Salvo che per legittima difesa", non sarebbe forse ancora più difficile ammettere che si possa uccidere per qualsiasi altra causa, fosse anche per causa di giustizia, come nell'ipotesi della pena di morte? E se avesse specificato: "Non uccidere il tuo simile", al fine di impedire all'interprete di estendere il divieto anche all'uccisione di animali, non si potrebbe forse trarre da tale specificazione un argomento per escludere dal divieto il suicidio? E se avesse spiegato che "uccidere" va inteso nel senso di provocare consapevolmente la morte di una qualsiasi persona, non si sarebbe tentati di considerare estranei al comando tutti quei comportamenti mortiferi che però non sono dettati da dolo ma da colpa, ancorché cosciente e quindi grave e inescusabile? Come quando, pur di non privarsi del piacere di [*p. 23*] guidare un veicolo a gran velocità, si semini morte, non voluta sì ma accettata certamente, quanto meno come rischio prevedibile.

D'altra parte lasciare assolutamente illimitato il concetto di "uccidere" non potrebbe portare a ritenere che compia l'azione dell'uccidere chiunque ponga in essere un qualsiasi comportamento che, quantunque non avvertito comunemente come illecito, sia stato con consapevolezza "ex ante" *conditio sine qua non* dell'evento mortale? Si pensi al caso di chi, pur ben conoscendo le conseguenze del fumo, fuma sistematicamente accanto ad una persona non fumatrice, la quale muoia poi di un cancro di cui si accerti irrefutabilmente la causa tabagica. Ovvero al caso di chi fabbrichi e ponga in commercio motociclette capaci di spingersi a velocità difficilmente[9] controllabili dalla stragrande maggioranza degli acquirenti; e uno di essi provandola, vi trovi la morte. O ancora, sia pure per il gusto di configurare un caso-limite, al figlio che sposi una determinata persona odiata dal genitore, già afflitto da un gravissimo stato di depressione, e suicidatosi alla notizia del matrimonio, secondo quanto aveva in precedenza già minacciato al fine di impedire tale evento. [*p. 24*] Tutti egualmente colpevoli di omicidio? Hanno o non hanno violato il comandamento fondamentale del "Non uccidere"?

Una[10] simile sconfinata libertà di interpretazione costituisce una china pericolosissima, al fondo della quale si può arrivare a ritenere la responsabilità collettiva di tutti; e non potendosi condannare tutti, a scegliere chi condannare mediante criteri di "politica della giustizia" sempre opinabili e conducenti all'esercizio dispotico del potere (sacerdotale o statuale che sia), criteri quanto mai soggettivi che negano in radice il carattere oggettivo, spersonalizzato, non influenzabile da elementi esterni, che per definizione deve avere la legge scritta. E allora, cosa fare? Come risolvere il drammatico conflitto tra legge scritta e interpretazione?

Certamente molto si può fare per migliorare la formulazione della legge scritta sul piano sintattico e grammaticale, e in relazione al problema dei limiti del comando; ed è proprio sotto questo aspetto, forse, che l'incontro tra informatica e diritto risulterà proficuo. Se è vero infatti, come si può dimostrare, che [*p. 25*] <il> computer può essere considerato un esecutore automatico di ordini, e che gli ordini gli possono essere dati attraverso il linguaggio, trasformando la lingua da scienza

[9] "velocità di 240 km all'ora difficilmente" aveva scritto.

[10] "Una"] "Tutti avvertono che una" aveva scritto.

ed arte in tecnologia tesa al conseguimento di un risultato pratico costantemente e sicuramente affidabile, non si vede perché il medesimo linguaggio non possa essere adottato anche per esprimere la legge scritta; e pervenire così alla sua applicazione automatica, imparziale e immediata.

Ma proprio questo tentativo ha messo in luce uno degli aspetti insuperabili per la soluzione del problema di come raggiungere l'autosufficienza della legge scritta: il significato delle parole, considerato che nella legge esse non sono usate per richiamare una determinata fattispecie fissa e ben conosciuta (come nelle già ricordate "istruzioni per l'uso"), ma per ricomprendere in una sola fattispecie astratta tutte le possibili fattispecie concrete anche riguardo al futuro; e che quindi il legislatore non ha ragionevolmente né la pazienza né la capacità né la possibilità di elencare una ad una.

Oggi è già possibile –e ancor più sicuramente lo diverrà in futuro– ibernare una persona, arrestando in essa [*p. 26*] per un certo tempo –che col progresso tecnico potrà diventare sempre più lungo– tutte le funzioni vitali, fino a quando non si vorrà richiamarla in vita con opportuni procedimenti. Ibernare una persona equivale a ucciderla? A questo punto ci rendiamo conto che la parola "uccisione" implica la parola "morte" e che la nozione di questo evento, pur essendo il più sicuro della nostra esistenza terrena, paradossalmente varia con il variare non solo delle condizioni scientifiche, ma della nostra evoluzione spirituale. Più prendiamo coscienza che la specificità umana consiste nel pensare, più –in altri termini– ci convinciamo del *Cogito: ergo sum*; e più siamo inclini a ritenere che un encefalogramma piatto autorizzi a giudicare sopravvenuta la morte, identificando così sostanzialmente tutto il nostro essere nell'attività cerebrale. Ma se così è, allora si "uccide" una persona se la si sottopone a lobotomia? Più in generale si può dire che attraverso le parole noi cerchiamo di imprigionare la realtà fermandone il continuo fluire ovvero di falsificarla. Compiamo il primo tentativo quando ci ostiniamo [*p. 27*] ad usare una identica parola per significare un oggetto mutato rispetto a quello riscontrabile in passato; ed il secondo tentativo quando al contrario usiamo una parola nuova per indicare un oggetto sostanzialmente immutato. La lingua infatti evolve col tempo, coi costumi, con il progresso.

Il legislatore avverte il pericolo che il mutevole significato delle parole provoca riguardo alla chiarezza del testo scritto della legge, tanto da aver posto una norma (l'articolo12 delle cosiddette preleggi) in cui si stabilisce che le parole vanno intese "secondo il significato loro proprio". Si tratta di un'espressione clamorosamente insignificante, una vera e propria tautologia. Qual è infatti il significato "proprio" delle parole, quando proprio questo è l'oggetto del dubbio? Si potrebbe ritenere che il significato "proprio" delle parole sia quello risultante dal dizionario e che conseguentemente il dizionario funga da "allegato" integrativo di ogni legge. Ma a quale dizionario far riferimento, tenuto conto che per ogni lingua ve ne sono molti e di epoche diverse; e che il significato che essi danno alle parole non è sempre il medesimo; e che anche il dizionario più recente non è aggiornato rispetto all'evoluzione, oggi sempre più rapida, del linguaggio.

[*p. 28*] Per avere un'idea di questo fenomeno riporto in breve le osservazioni di Piero Melograni, riportate sul *Corriere della sera* del 26 luglio '91. Nel dizionario del Fanfani (Pietro), edizione 1879 la parola "rubinetto" è spiegata come "piccolo rubino"; "detersivo" come un "medicamento destinato alle piaghe", "gabinetto" come "stanza appartata riservata agli studi o agli affari di Stato", "lampada" come "vaso senza piede, nel quale si tiene acceso lume a olio", "telegrafo" come apparecchio per trasmettere messaggi "tirando un filo di ferro da luogo a luogo", "decolla-

re" come "tagliare la testa a qualcuno", "inflazione" come "enfiamento, superbia, orgoglio", "ambulatorio" come "un luogo ove passeggiare", "ovatta" come derivato del cotone "utilizzato per le imbottiture degli abiti", "ortopedia" come "arte di correggere o di prevenire ne' fanciulli i vizi del corpo", il tifo come "febbre di carattere nervoso", "inibizione" come "provvedimento adottato dal magistrato". È fin troppo evidente quanto questi significati siano mutati o risultino oggi gravemente errati o comunque superati.

[*p. 29*] Il problema è allora questo: quando in una legge remota (poniamo dell'epoca in cui si usava il dizionario del Fanfani) ma ancora in vigore (non si dimentichi che ancora oggi vigono in Italia, e sono fondamentali, leggi del 1865) ci imbattiamo in una parola che ha cambiato significato o ne ha acquistato anche altri prima sconosciuti (come, tanto per fare un esempio la parola "inflazione") dobbiamo attribuire ad essa il significato che aveva allora o quello che ha oggi? Ovviamente quello che aveva allora, quando altrimenti il testo non avrebbe senso; quando invece un senso potrebbe averlo, ma sicuramente diverso da quello inteso da chi emanò quella legge, come deve comportarsi l'interprete?

Il principio ermeneutico *inclusio unius, exclusio alterius* può apparire sufficientemente persuasivo, ma in molti casi condurrebbe a conseguenze aberranti. Per restare al decalogo mosaico, che dedurre dalla constatazione che mentre si stabilisce categoricamente il divieto di uccidere, si tace su ogni altra forma di violenza corporale (dalla lesione personale alla semplice percossa)? Che cavare un occhio all'avversario era lecito? [*p. 30*] O quanto meno che era lecito picchiare servi e figli? O comunque che queste due ultime ipotesi dovevano considerarsi sullo stesso piano? E che dire poi del fatto che, mentre al quarto comandamento si impone ai figli di rispettare i genitori, non si fa obbligo corrispettivo ai genitori di curare i figli? Che era lecito abbandonarli o trascurarli? Che pensare infine del comandamento che impone di "non desiderare la donna d'altri"? Che il decalogo era diretto solo agli uomini o che alle donne, ancorché sposate, fosse consentito adescare i mariti delle altra? Non era sufficiente il settimo comandamento che proibisce l'adulterio ovviamente per uomini e donne. E che il divieto di dire falsa testimonianza volesse invece esimere da condanna il comportamento egualmente calunniatorio di chi, anziché accusare chi sa innocente (calunnia verbale) precostituisce contro di lui prove false, sia pure diverse dalla testimonianza, ma egualmente perfide? Credo che siano sufficienti queste poche riflessioni sulla più antica e famosa delle leggi, qual è appunto il decalogo mosaico, per arrivare alla conclusione evangelica che interpretare la legge alla lettera porta ad eccessi inaccettabili. *Summum ius, summa iniuria*[11], ammoniva al riguardo Cicerone.

L'insufficienza del criterio letterale per l'interpretazione della legge è ammessa, sia pure a denti stretti, [*p. 31*] dallo stesso legislatore, non solo perché all'articolo 12 delle preleggi affianca al criterio della letteralità quello dell'intenzione del legislatore (sia pure senza precisare se quest'ultimo criterio possa portare a conclusioni antitetiche a quelle cui porterebbe il primo), ma soprattutto perché agli articoli 1362-1371 del codice civile detta in proposito delle norme fondamentali. È ben vero che <queste> sono riferite espressamente all'interpretazione del contratto, ma posto che il contratto "ha tra le parti forza di legge" (come testualmente si esprime l'art. 1372 c. c.), perché mai dette norme non potrebbero essere utilizzate, sia pure con gli opportuni adattamenti, anche per l'interpretazione della legge, posto che il

[11] Già passata in proverbio ai tempi di Cicerone. Per la fortuna dell'adagio, Tosi, *Dizionario*, cit., num. 1094.

problema da risolvere è sempre lo stesso: quello cioè di dare un significato accettabile alle parole? Queste norme sono infatti utilizzate anche per l'interpretazione del testamento, naturalmente tenendo conto del suo carattere assolutamente unilaterale non recettizio.

Passiamole allora brevemente in rassegna. Innanzitutto nell'interpretare il testo non ci si deve limitare al senso letterale delle parole, ma indagare quale sia stata l'intenzione, la volontà effettiva che si voleva esternare (art. 1362, primo comma). Questo vuol dire innanzitutto che il brocardo *In claris non fit interpretatio*[12] è falso nel senso che non si può mai ritenere un testo scritto così chiaro da [*p. 32*][13] esimerci dall'indagare in quale contesto di circostanze sia stato redatto, con quali conoscenze, a quale scopo, perché molte frasi che sembrano in sé e per sé inequivoche appaiono ai nostri occhi di dubbio significato, o addirittura di significato contrario a quello in un primo momento creduto, soltanto quando l'indagine "dietrologica" venga compiuta. Accade cioè riguardo ai discorsi quanto accade riguardo alle persone nonché alle parole. Quante persone che non erano affatto normali ci apparivano invece normalissime, per il solo fatto che non ci eravamo mai posto il problema della loro normalità? E quante parole, dal significato incerto, ci apparivano invece chiarissime sol perché non avevamo mai riflettuto sulla corrispondenza tra il significante e il significato?

Quante volte nel recitare la preghiera del *Pater noster* abbiamo proferito la frase "fiat voluntas tua"[14] tanto sicuri del suo significato da non chiederci neppure se essa ne potesse per avventura avere invece un altro, che è ben possibile, ma che abbiamo percepito come alternativo solo quando lo abbiamo sentito prospettare da altri? [*p. 33*] "Fiat voluntas tua" può significare infatti egualmente bene tanto l'accettazione incondizionata da parte del credente dei decreti divini (nel senso cioè del giudaico-cristiano "Amen" o dell'islamico "Inshallah"), quanto al contrario il desiderio che tutti gli uomini attivamente realizzino (e in tal senso "facciano") quanto piace a Dio e quindi è conforme alla sua volontà.

Tanto per fare un altro esempio, si pensi al detto biblico "Occhio per occhio, dente per dente"[15]: sembra chiarissimo nel voler esprimere una spietata volontà di vendetta, tesa a restituire all'offensore colpo su colpo. Se invece studiando meglio la Bibbia ci viene fatto osservare che in tempi precedenti la vendetta non consisteva nel restituire il *tandumdem* ma ben di più (tanto da infliggersi le più orrende mutilazioni ai ladri), il principio dell'occhio per occhio ci apparirà come una esortazione non già alla vendetta, bensì esattamente all'opposto: e cioè alla mitigazione della vendetta. Cioè nel senso non già "Véndicati", ma "Se non puoi fare a meno di vendicarti, non oltrepassare in nessun caso il limite del *tantumdem*" (la pena di morte come "contrappasso" dell'omicidio, ma né la pena di morte né mutilazioni o torture per delitti, ad esempio, contro la proprietà).

[*p. 34*] Un ultimo esempio ancora delle insospettate anfibologie. Se in un cimitero in cui la maggior parte delle iscrizioni sulle lapidi celebrano l'attaccamento tenerissimo dei defunti alla famiglia, mi imbatto in particolare sulla seguente scritta: "La sua famiglia fu per lui il mondo intero", sono portato a ritenere che anche la persona lì sepolta dedicò la sua vita esclusivamente alla famiglia. Quando invece

---

[12] Registrato da Tosi, *Dizionario*, cit., num. 1142, questo detto rimane fonte e causa di equivoci gravissimi. Cfr. *Lineamenti dell'interpretazione*, San Marino 2008, p. 45 nota 1.

[13] Ripete "da" all'inizio della pagina.

[14] *Oratio dominica* viene detta nel Nuovo testamento, conservata da *Mt* 6, 9-13. Le parole qui commentate appartengono al versetto 10. *Lc* 11,2-4 varia leggermente.

[15] *Ex* 21,23s.; citato da *Mt* 5,38.

vengo a sapere che non aveva famiglia e che viaggiò in tanti paesi lontani facendo ovunque del bene, allora e solo allora intendo il vero significato della frase: egli, a differenza di tutti gli altri, non rinchiuse tutto il suo mondo nei limiti angusti della sua famiglia, ma al contrario considerò come sua famiglia il mondo intero.

Per condensare quanto qui voglio dire in un'immagine, si può paragonare il problema dell'interpretazione di uno scritto ad un disegno schematico: ad esempio al profilo di una montagna. L'ho inquadrato mille volte e vi ho scorto solo la discontinuità di una linea tra terra e cielo priva di alcun significato particolare. Ma dal giorno in cui ho sentito dire che quella linea riproduce il profilo di un guerriero addormentato, allora ecco che in quella linea ritrovo per la prima volta e pur con sorprendente facilità i tratti della sua fisionomia. Mi sembra di vedere distintamente [*p. 35*] il mento, la bocca, il naso, le ciglia aggrottate, l'ampia fronte distesa; e mi chiedo sorpreso come mai non me ne fossi accorto prima. La verità è proprio questa, come Goethe aveva ammonito: "Per vedere, bisogna sapere". Vedi per un riscontro nel teatro la commedia di Luigi Pirandello *Tutto per bene*.

Gli equivoci che la possibilità di una doppia interpretazione crea sono del resto frequenti anche nel linguaggio non scritto e di uso corrente, tanto da costituire uno dei meccanismi più usati per suscitare comicità.

La conclusione che si può trarre da tutto quanto sopra esposto è di fondamentale importanza: per intendere il vero significato di un *testo* scritto, come del resto di un qualsiasi discorso, è essenziale conoscere il *contesto*: cioè in quali circostanze di tempo e di luogo, sulla base di quali presupposti, di quali scenari, di quale cultura, con quali intendimenti il discorso sia stato messo insieme. Un pastore di duemila anni fa che riferisce di aver visto solcare il cielo a grandissima velocità da un punto luminoso vivissimo e cadere poi in mare tra fiamme altissime con un tremendo boato, sta riferendo evidentemente un fatto miracoloso; un pastore che faccia lo stesso racconto oggi ha assistito, con la stessa evidenza, ad [*p. 36*] <un> semplice incidente aereo o alla caduta di un missile, o al più di un U.F.O. (*unknown flying object*). Dal che consegue che chi voglia interpretare uno scritto –e prima tra tutti la legge– non deve mai limitarsi a considerare il testo scritto in cui si compendia, ma deve conoscere innanzitutto la storia, perché solo dalla sua conoscenza scaturisce chiara la genesi della legge stessa, indispensabile per apprezzarne la vera portata. Chi non conosce la storia non può dunque conoscere il diritto.

Per chi non conosca la storia della nostra civiltà e in particolare la storia delle lotte sociali dalla rivoluzione francese in poi sino all'epilogo della seconda guerra mondiale, con speciale riferimento alle vicende italiane (e alla genesi della Costituzione del 1948), cosa potrebbe significare –tanto per fare un esempio– l'articolo 1, comma primo della Costituzione italiana, là ove sancisce che "L'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro"? Sul lavoro di chi? Degli schiavi a vantaggio di una oligarchia? Significa forse che il lavoro è un obbligo "forzato" per tutti, sicché chi non lavora è punito, o quanto meno è lasciato morir di fame? Significa che non può essere riconosciuto altro merito se non quello consistente nel lavorare di più e meglio degli altri (in una sorta [*p. 37*] <di> stakanovismo cioè)? Significa che non sono ammesse rendite di puro capitale, mobiliare o immobiliare che sia? Significa che se si fa una fila avanti ad un negozio, il salariato deve avere la precedenza sul *rentier*? E poi che significa "lavoro"? Può essere definito lavoro quello dello studioso, dell'inventore, dell'artista, dell'imprenditore, del professionista, dell'atleta, del militare; o lavoro è solo quello manuale degli operai e dei contadini, compendiato nel simbolo storico della falce e martello? Ma allora, se si riconosce che tutti in qualche modo lavorano, tranne quelli che vegetano nell'ozio, l'espressione "lavoro"

non sarà per caso da intendersi semplicemente –ma fondamentalmente– come "attività o funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società", mentovata nell'articolo 4 della stessa Costituzione come attività che "ogni cittadino ha il dovere di svolgere", magari integrata con l'idea del sacrificio personale che tale attività oggettivamente più o meno comporta? Potrebbe mai dare una benché minima risposta motivata a tali interrogativi un marziano che sceso sulla Terra senza conoscerne la storia, si accingesse a leggere la nostra Costituzione?

Si pensi in proposito all'articolo 3 della Costituzione, là ove stabilisce: "Tutti i cittadini […] sono eguali davanti alla legge senza distinzione di […] condizioni personali e sociali". Principio lapidariamente sintetizzato nell'espressione "La legge è uguale per tutti", ritenuta così chiara e fondamentale da essere incisa sullo scanno dei giudici. Che vuol dire in realtà? Che la legge deve trattare in ogni caso nella stessa maniera il sano e il malato, il giovane e il vecchio, il ricco e il povero, il colto e l'analfabeta, la persona perbene e il delinquente? Ma non è forse il massimo dell'ingiustizia trattare in maniera eguale chi si trova in situazione (materiale o morale) differente? E allora? Allora la frase va intesa nel senso che non sono ammesse soltanto le discriminazioni storicamente ripudiate o incompatibili con i valori consolidati della nostra civiltà (giudaico-cristiana, illuminista, romantica). Ma tutte le altre sono ammesse. Ad esempio la differenza di cultura, quando è funzionale (ad esempio il requisito di un determinato titolo di studio in un pubblico concorso). Il carcere è legittimo solo per tradizione storica (quantunque la persona perbene in carcere soffra enormemente di più del delinquente incallito).

[*p. 38*] Il secondo comma dell'articolo 1362 del codice civile così recita: "Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto". Adattando tale norma all'interpretazione della legge anziché del contratto, si deve attribuire rilevanza non solo all'intenzione del legislatore nel momento in cui ha emanato la legge (come espressamente disposto dall'articolo 12 delle preleggi), ma anche al fatto che il legislatore non l'ha abrogata e neppure modificata, pur avendo certamente preso atto del modo con cui essa è stata interpretata e applicata: segno presumibile che tale modo corrisponda alla sua volontà passata e –quel che più importa– presente. Da ciò discende che non si può interpretare la legge in un modo sorprendentemente nuovo e sconvolgente, se non vi è un fatto nuovo in relazione al quale applicarla (fatto nuovo in presenza del quale è invece possibile l'interpretazione evolutiva); e che pertanto la conoscenza dell'interpretazione già uniformemente data in passato ad una legge non può essere irrilevante per chi voglia interpretarla "ex novo".

È sì ammissibile infatti l'interpretazione evolutiva della legge, ma solo in presenza di una esigenza nuova da soddisfare nella realtà socio-economica, che il legislatore non ha tenuto presente nel momento in cui ha emanato la norma per la sempli[*p. 39*]ce ragione che tale esigenza non esisteva (come nel caso della scrittura elettronica), ma a cui tuttavia è espandibile la *ratio* della norma senza tradire affidamenti precostituiti e senza quindi vulnerare la certezza del diritto. Si pensi ad esempio al caso di bambini che vengano lasciati normalmente ore ed ore soli davanti alla televisione dai genitori (pur premurosi per quanto riguarda le cure materiali), oppure lasciati prevalentemente alle cure di una baby-sitter, con conseguenze nocive per il loro sviluppo psico-fisico. Fino ad ora nessuno (magistrato, né funzionario pubblico, né "opinion-maker" quale può essere un uomo politico, un giornalista, un docente di materie giuridiche) ha mai osato prospettare che sol per questo il bambino possa essere tolto ai genitori e dichiarato in stato di adottabilità, quantunque la legge preveda tale possibilità per tutti i bambini che si trovino in

stato di abbandono. Potrebbe mai un giudice interpretare "all'improvviso" il concetto di "abbandono" come ricomprensivo anche dell'abbandono davanti al televisore per più ore al giorno? Certamente no, dovendosi presumere che se in tal senso fosse mai sorta una volontà del legislatore, l'avrebbe manifestata con disposizione specifica, tenuto conto della notorietà e dell'imponenza del fenomeno.

Così pure sarebbe parimenti assurdo applicare l'articolo [*p. 40*] 733 del codice penale, che commina persino l'arresto fino ad un anno per chiunque deteriori un monumento storico o artistico nazionale a chi passi quotidianamente con un veicolo diesel nei pressi dell'Arco di Costantino a Roma in una via aperta alla libera circolazione, pur sapendo che lo scarico dei gas prodotti dal suo motore sia esiziale per la buona conservazione di una vestigia così prestigiosa del passato. Tale passaggio infatti è così frequente, è stato sempre così tollerato (tanto da non essere stato mai non soltanto vietato con apposita norma, ma neppure additato dai più alla pubblica riprovazione), è così notorio che sarebbe contrario al principio della buona fede ritenere "ex abrupto" colpevole un automobilista per tale comportamento, pur rispondendo esso –da un punto di vista oggettivo e astratto– alla fattispecie contemplata nell'articolo 733 del codice penale. Per la stessa ragione non si può (purtroppo) oggi imputare di concorso in omicidio colposo chi costruisca e/o metta in circolazione e/o reclamizzi veicoli capaci di sviluppare una velocità che il guidatore medio non è in grado di controllare, quantunque vi siano in astratto tutti gli estremi per ritenere sussistente la colpa. E ciò perché non vi è ancora in tal senso (né in Italia né in tutto il mondo) un movimento di opinione, sicché la convinzione generale è che anche dal punto di vista morale il fabbricante o il commerciante sia al riguardo immune da alcuna colpa, ricadendo esclusivamente sul conducente la libertà e la responsabilità di scegliere la velocità più confacente alle sue capacità di controllo del veicolo (tesi che io personalmente non condivido, ma che è assolutamente da ammettere e che perciò almeno per il momento fa stato).

Se è vero infatti che ai sensi dell'articolo 1366 del codice civile deve essere interpretato secondo buona fede il contratto, perché mai il principio etico della buona fede non dovrebbe valere per l'interpretazione della legge, sì da impedire l'interpretazione inusitata, sorprendente, sconvolgente, e in tal senso stravagante, anche se astrattamente ammissibile?

[*p. 41*] Diversa, si badi, si profila l'applicazione della legge in relazione al fumo del tabacco. Qualora rimanga accertato che il cancro, di cui una persona è morta, è stato sicuramente prodotto dal fumo cosiddetto passivo (cioè prodotto da altri e aspirato contro la propria volontà in un ambiente in cui si è costretti a vivere e dove altri fumano intensamente), non sarebbe affatto peregrino ritenere responsabili questi ultimi (e con essi chi eventualmente fosse tenuto a garantire le condizioni igienico-sanitarie dell'ambiente, come ad esempio il datore di lavoro nei confronti dei dipendenti) della morte di detta persona in base all'articolo 589 del codice penale o dell'articolo 2043 del codice civile, che implicano la sussistenza della colpa (e quindi un'ipotesi di imprudenza, di imperizia o di negligenza, di inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline) perché, anche se non v'è purtroppo ancora una norma generale che vieti di fumare in tutti gli ambienti nei quali si sta lungamente insieme per qualsiasi ragione a non-fumatori (e quindi non soltanto nei locali pubblici, ma anzitutto negli ambienti di lavoro), tuttavia oggi scientificamente certa sul piano scientifico la cancerogenicità del fumo è così diffusa attraverso la stampa, la radiotelevisione, i convegni scientifici, la conoscenza di tale verità (anche in relazione a quello passivo), è così largamente condiviso [*p. 42*] il convincimento che sia ingiusto, oltreché immorale e screanzato, costringere

i presenti ad aspirare il fumo emesso da altri, così progressivamente sempre più acuta la necessità di difendersi da tali immissioni in quanto si aggiungono ad altre, anch'esse nocive ma almeno per il momento inevitabili e delle quali è saturo l'ambiente in cui viviamo, così cresciuta la consapevolezza del diritto di vivere in un ambiente il più possibilmente sano, che non potrebbe certo invocare la propria buona fede chi si vedesse attribuire la responsabilità della morte di una persona per fumo passivo. Anche in questo caso infatti ci troveremmo di fronte all'interpretazione evolutiva delle norme sopra menzionate: una interpretazione che, come si è avuto modo di spiegare, è generalmente ammessa.

Da tutto ciò si deduce che interpretare una legge per applicarla ad una fattispecie concreta non implica soltanto l'attenta lettura del suo testo (e di tutti gli altri che al riguardo appaiano in qualche modo utili), ma ben di più: la conoscenza della mentalità, della cultura, dei valori, dei costumi, della vita politica e economica di un determinato ambiente nella sua attualità, [*p. 43*] nella sua genesi e nel suo divenire. In questo senso va inteso il brocardo *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*[16]. Ecco perché non è un buon giurista, ma un semplice leguleio, chi studi soltanto "codici e pandette", libri di diritto in genere, ma non conosca adeguatamente la storia del suo Paese, la sua letteratura, non legga i giornali, non veda la televisione né il cinema, si estranei completamente dalla politica e più in generale da tutte le esperienze di vita più nuove e più comuni dei suoi simili. In sintesi, non si può essere interprete della legge, senza essere interpreti della vita che ci circonda, perché il diritto non si esaurisce affatto –e quindi non si identifica affatto– con il contenuto letterale della legge.

Se da un lato il giurista deve essere un interprete e non un personaggio, come ogni buon attore di teatro, che in tanto è tale in quanto sa dimenticare se stesso e calarsi di volta in volta nelle molteplici maschere dei personaggi (nel senso che non deve approfittare del proprio ruolo per dar sfogo ai propri sentimenti e convincimenti personali, ma al contrario rispecchiare la coscienza collettiva, distinguendo tra ciò su cui si è formato un generale consenso <e> ciò che è invece contro[*p. 44*] verso, tra storia e cronaca, tra tradizione ed evoluzione: ed è anche in tal senso che va intesa l'espressione "In nome del popolo italiano" posta in cima alle sentenze[17], dall'altro lato però si pone il problema del limite oltre il quale il giudice non possa andare nell'interpretare –e quindi nell'applicare– la legge senza violare i dettami della propria coscienza, ogni volta che essa non collimi con quella collettiva.

A questo punto si pone il problema della moralità della legge. È necessario che la legge, perché possa considerarsi veramente tale, abbia un fondamento morale? Anche a voler distinguere a questo punto tra legge religiosa e legge statuale (o comunque di autorità "secolari"), una legge –per quanto in effetti possa essere dettata dal proposito di giovare o di nuocere soltanto ad alcuni– non può non presupporre, secondo una tradizione ormai consolidata nella nostra civiltà, che voglia corrispondere al criterio della tutela del bene comune e/o della giustizia, in correlazione logica tra mezzi e fini. Nessun legislatore infatti, per quanto dispotico sia, avrebbe il coraggio di dichiarare –né lo ha avuto mai a memoria d'uomo– che la legge da lui emanata sia ingiusta o contraria al pubblico bene, o inattuabile o priva di alcuna logica o di alcun senso. Non è inutile ricordare che neppure un Hitler (ritenuto da non pochi e non metaforicamente più un diavolo che un uomo) ebbe mai il coraggio di mettere per iscritto l'ordine di sterminare deliberatamente gli ebrei

[16] Che brocardo non è, ma testo di CELSO accolto nel D. 1,3,17.

[17] Art. 132 del codice di procedura civile.

nelle camere a gas, né tanto meno di emanare una legge in tal senso.

In linea di massima [*p. 45*] quindi l'interprete deve presupporre, a fondamento di ogni legge, una ragione di giustizia e/o di tutela del bene comune. Questo è uno di quei casi in cui l'ipocrisia (non rara purtroppo) del legislatore è utile, perché gli "impedisce di impedire" all'interprete di inseguire quei valori che egli ipocritamente non ha avuto il coraggio di negare.

Questa premessa però non può portare a negare un possibile conflitto sul piano della coscienza tra legislatore e interprete della legge, perché detta premessa (l'utilizzazione a fine di bene dell'ipocrisia del legislatore) riesce a negarlo solo in astratto, non anche in concreto. Infatti cosa sia la giustizia, cosa sia il bene comune e soprattutto fino a che punto si possa sacrificare la giustizia per la tutela del bene comune in nome del principio *Salus rei publicae suprema lex esto*[18] (in altri termini fino a che punto il necessario o l'utile o l'opportuno possa prevalere sul giusto) non è esprimibile in un canone immutabile: appartengono alla sfera non dell'"io razionale", ma del "super io" intuitivo, romantico. Non sono dimostrabili con un ragionamento, ma egualmente ben percepibili e cogenti come moti [*p. 46*] insopprimibili dell'animo, anche se molto variabili nel tempo e nello spazio. La storia infatti ci insegna che quel che appare giusto oggi non appariva tale ieri (o quanto meno con la stessa evidenza) e non v'è alcuna sicurezza che debba apparirlo domani. L'istituto della schiavitù che oggi ci sembra addirittura abominevole, ad esempio, per millenni è stato ritenuto giusto (o quanto meno non incompatibile con la giustizia): neppure Gesù si è ribellato ad essa. Negli Stati Uniti, in un paese così sensibile ai valori della libertà, l'abolizione della schiavitù si è avuta solo nel 1865 (appena poco più di un secolo fa) e solo a seguito di una accanita e lunga guerra di secessione (1860-1865). Così anche in Russia solo nel 1860 si è posto legalmente fine alla "servitù della gleba", che faceva di un contadino russo un essere molto simile ad un vero e proprio schiavo. Era normale ad esempio che il proprietario terriero lo bastonasse anche per i motivi più futili. Che dire poi della tortura, il cui ricordo oggi ci fa fremere di orrore, ma che fu ritenuta fino ai primi del secolo scorso un normalissimo e legit[*p. 47*]timissimo mezzo per ottenere la confessione in giudizio dei delitti e acquisire così la prova mancante per condannare l'imputato (presunto chiaramente colpevole ancor prima che il processo iniziasse)?

<Ulpiano> sentenziò che *Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, cuique suum tribuere* [D. 1,1,10,1][19] e questa massima sta scritta a lettere cubitali sul frontone di uno dei nostri più grandi palazzi di giustizia, certamente a sottolinearne l'attualità. Ma è proprio vero che siamo oggi tutti d'accordo nel ritenere che la giustizia consista davvero nell'*unicuique suum tribuere*, secondo una concezione oggettivamente meritocratica della vita, o non piuttosto nel pretendere da ciascuno secondo le capacità e nel dare a ciascuno secondo i bisogni? Sul piano fiscale, ad esempio, si ritiene giusto che tutti concorrano alle spese pubbliche, ma in ragione della capacità contributiva di ognuno, e ricevano taluni servizi pubblici –come quello sanitario– secondo i bisogni. Nel mondo del lavoro i due criteri appaiono contemperati: gli assegni familiari sono uguali per [*p. 48*] tutti i dipendenti, ma la retribuzione vera e propria dipende dai meriti oggettivi (titolo di studio, superamento di un concorso, anzianità di servizio, capacità professionale). In campo penale poi si ritiene giusto differenziare la pena assai fortemente pur per gli stessi reati, dando grande rilievo a fattori puramente soggettivi.

---

[18] Sul detto di stampo ciceroniano Tosi, *Dizionario*, cit., num. 1022.

[19] Per altre forme Tosi, *Dizionario*, cit., numm. 1117-1119. Per scusabilissimo errore il Borruso nomina qui Cicerone.

Insomma la giustizia consiste nel trattare tutti allo stesso modo anche se si trovano in condizioni diverse, o ciascuno in modo diverso a seconda della condizione particolare in cui si trova? Se si deve fare la fila davanti ad uno sportello in un qualsiasi ufficio, è più giusto che si segua rigidamente il principio *Prior in tempore potior in iure*[20], oppure che si segua il criterio dell'anzianità o della prestanza fisica o del tempo a disposizione di ciascuno, o di una combinazione di tali criteri? Ovvero la giustizia consiste soltanto nel fatto che, una volta stabiliti i criteri, vengano seguiti poi sempre, quali che essi siano, senza eccezioni, anche quando si riconosca *re melius perpensa* la loro erroneità? Ma questa indifferenza al contenuto e questo preoccu[*p. 49*]parsi solo dell'imparzialità sarebbe tollerabile ove i criteri da rispettare fossero moralmente repugnanti rispetto alla nostra coscienza di oggi? Ad esempio, ove tali criteri consistessero nel privilegiare, dando loro la priorità nella fila, i belli rispetto ai brutti, i sani rispetto ai malati, i pregiudicati rispetto agli incensurati, i bianchi rispetto ai neri, i cristiani rispetto agli ebrei, le persone colte rispetto gli ignoranti, i ricchi rispetto ai poveri? Allora sì, trattandosi di casi di follia morale del legislatore, l'interprete della legge ha il diritto e il dovere di manifestare il suo dissenso e di opporsi alla sua applicazione (oggi in Italia innanzitutto sollevando la questione della sua illegittimità costituzionale) e di svolgere così la funzione di portavoce della coscienza critica della società in cui vive.

Il giurista quindi, se da un lato non deve sostituire le sue personali convinzioni ai dettami della coscienza collettiva e deve limitarsi a fare da interprete e voce da "personaggio", dall'altro lato non deve rimanere neppure indifferente rispetto ai contenuti da interpretare: essi debbono destare sempre in lui una reazione emotiva, non soltanto perché le emozioni sono spesso le scintille che accendono [*p. 50*] il pensiero e ne coadiuvano lo sviluppo, ma perché spetta proprio ad esse di dare l'allarme quando, nella loro ben esercitata sensibilità, avvertano la mancanza di contenuto etico di una legge. Il che più d'una volta implica la capacità di smascherare la copertura di tale mancanza. Se infatti l'ipocrisia del legislatore fa sì che non mai nella legge si confessi un intento pravo, è anche vero che non raramente esso è perseguito in maniera nascosta nell'intento di farlo passare inosservato. Tipico è il caso in cui il legislatore, allo scopo di attribuire a taluno un privilegio ingiustificato e inconfessabile, maschera sotto l'apparenza della generalità della norma il suo proposito fazioso. Così, tanto per fare un esempio, non avrà di certo il coraggio di statuire che a Tizio, appartenente al suo stesso partito politico, debba essere concesso un premio; ma conoscendo bene tutti i particolari biografici di Tizio (sapendo ad esempio che Tizio è nato nel 1959, ha tre fratelli e che iscrittosi all'università l'abbia per sette anni abbandonata, e che il nonno era perito nel terremoto di Messina del 1908), formula la legge in questo modo: "Chiunque, nato non dopo il 1959 e appartenente a famiglia con non meno di tre fratelli e un ascendente morto a causa di pubbliche calamità precedenti al 1910 e che non [*p. 51*] <abbia> conseguito la laurea dopo cinque anni dall'iscrizione ad una facoltà avente un pari numero di anni di corso, ha diritto al premio di …". Si ha così un caso di cosiddetta "legge-fotografia", che modellandosi al caso singolo da privilegiare, costituisce una sorta di frode rispetto al principio della generalità della legge. In casi del genere spetta all'interprete reagire in tutti i modi possibili al carattere cervellotico di una pseudo-legge siffatta e denunciare il suo carattere sostanziale di provvedimento *ad personam* e non già a "chiunque". "La ragionevolezza" della legge sembra oggi

[20] Che è parola di Bonifacio VIII nel *liber Sextus* V,13,54 *de regulis iuris*. Cfr. Tosi, *Dizionario*, cit., num. 1138, con minuscola imprecisione.

trovare la sua legittimazione (cioè sembra oggi essere imposta) dall'articolo 3 della Costituzione.

Il giurista che letta una legge del genere rimanesse inespressivo e inerte nel suo scanno, con l'espressione e l'immobilità che siamo soliti attribuire ai sacri bonzi tibetani, tradirebbe la sua funzione, che non è mai quella di essere complice o semplicemente corrivo rispetto all'ingiustizia, all'illogicità, alla dannosità o anche alla semplice inutilità della legge; ma al contrario quella di volgerne sempre l'applicazione quanto più possibile al bene, interpretandola sempre nella maniera più consona alla giustizia come oggi è intesa. Il giurista quindi è per eccellenza l'uomo del "se" e del "ma", del "distinguo", che cioè saggia la vera portata della legge [*p. 52*] prospettandosene l'applicazione rispetto a tutti i possibili casi della vita, affini a quello in relazione al quale è chiamato *hic et nunc* ad applicarla: per metterli a confronto e dal confronto far scaturire concordanze, contraddizioni, differenze o addirittura assurdità inaccettabili. Non è quindi soltanto un filologo, un logico, un razionalizzatore, <ma> una persona dotata di fervida fantasia, di grande sensibilità e che sente imperiosamente la voce della coscienza.

Non è vero infatti che applicare la legge significhi *sic et simpliciter* svolgere con freddo distacco e indifferenza i sillogismi che essa implichi: un matematico può farlo, un giurista no, tutte le volte in cui la concatenazione dei sillogismi (se A = B, se B = C, se C = D, allora A = D) porta ad un risultato incompatibile col più elementare senso della giustizia secondo il comune sentire. Ancora una vola deve soccorrere il monito ciceroniano *Summum ius summa iniuria*[21] per renderci avvertiti che talvolta portare alle estreme conseguenze le disposizioni della legge, prese alla lettera, porterebbe a conseguenze talmente ingiuste, da essere certi che il legislatore se le avesse previste non le avrebbe volute, e quindi da respingere, tenuto conto che il criterio della letteralità dell'interpretazione non è per disposizione stessa del legislatore (art. 12 delle preleggi) l'unico possibile.

[*p. 53*] Riflettiamo al riguardo sui seguenti tre esempi.

I Un marito può disconoscere, ai sensi dell'art. <233>[22] del codice civile, ogni figlio che la moglie partorisca dopo i primi sei mesi dal matrimonio. Una di queste condizioni consiste nella prova dell'adulterio della moglie (art. <235>). Si dà il caso che, dopo sette mesi dal matrimonio nasca un bambino, non settimino ma perfettamente "a termine"; e quindi sicuramente concepito nove mesi prima. La moglie confessa di averlo avuto dall'unione con un altro uomo, avvenuta due mesi prima del matrimonio. Sulla base di tale confessione il marito propone allora azione di disconoscimento del figlio, azione che il Tribunale prima e la Corte d'appello poi respingono sulla base del semplice sillogisma che nella specie non poteva ritenersi sussistente l'adulterio (cioè una delle condizioni indispensabili per l'accoglimento dell'azione), essendosi l'unione da cui nacque il bambino verificata prima del matrimonio. La Cassazione ha posto rimedio a tale "assurdo"[23]. Orbene anche il *quisque de populo* avverte quanto sia fuori di ogni logica e di ogni giustizia che un marito possa disconoscere tutti i figli concepiti in costanza di matrimonio, ma non [*p. 54*] quelli nati fuori del matrimonio: cioè proprio quelli un po' … meno

[21] Cfr. la nota 9.

[22] Lascia in bianco il Borruso questo e gli altri articoli del primo libro del codice.

[23] Sembra citare la Cassazione, 23 gennaio 1984, n. 541, in *Giur. It.,* 1984, I, 1, 1079-1085. Cfr. G. Pescatore – C. Ruperto, *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e delle giurisdizioni amministrative superiori* I, Milano 1986, 218, 220. Sul problema tornerà nelle *Riflessioni sull'informatica giuridica*, in R. Borruso – R.M. Di Giorgi – L. Mattioli – M. Ragona, *L'informatica del diritto*, Milano 2004, 326s., 346.

"legittimi" dei primi! La Corte di cassazione ha posto rimedio a tale assurdo (vera e propria *summa iniuria*, come avrebbe detto Cicerone), interpretando, in relazione all'art. <235, comma 1, num. 3>, la parola "adulterio" non in senso letterale, ma nel senso più ampio di unione avuta con persona diversa al marito: ciò ovviamente non in via generale, ma soltanto al fine di rendere possibile al marito il disconoscimento del figlio nato a tale unione, e che altrimenti la legge avrebbe presunto figlio legittimo del marito stesso. E ciò in conformità alla constatazione innegabile che una parola può avere più significati a seconda del contesto in cui è usata: e quindi anche uno più stretto e uno più largo. Classico il caso della parola "coabitare", che può significare in senso ampio vivere sotto lo stesso tetto (come ad esempio tra persone di famiglia), ma in senso stretto significa non solo vivere nella stessa casa, ma avere rapporti sessuali.

II In base ad una nostra legge del <1939> (risalente quindi ad un'epoca in cui la Libia faceva parte del territorio italiano) tutti i libici erano considerati "cittadini italiani" (sia pure con l'esclusione di alcuni diritti)[24]. A séguito della perdita della seconda guerra mondiale, l'Italia rinunziò solennemente nel trattato di pace del 1947 ad ogni suo diritto sulla Libia, che si costituì successivamente Stato sovrano e indipendente. [*p. 55*] Nella costituzione del nuovo Stato si stabilisce che ne sono cittadini tutti i nati in Libia, fatta eccezione per coloro che possedessero una cittadinanza straniera. Un libico, riparato in Italia nel 1960, chiese di essere riconosciuto cittadino italiano in base alla nostra legge, sostenendo di non potersi nei suoi confronti applicare, in contrario, la costituzione libica, perché essa stessa escludeva gli stranieri … e quindi anche i libici, divenuti precedentemente cittadini italiani. Tale tesi è chiaramente assurda, perché in base ad essa sarebbe da considerarsi ancora oggi italiana una gran parte della popolazione libica, e cioè tutta quella nata prima del 1946: conseguenza questa non solo smentita dalla realtà di fatto, ma assolutamente inaudita, in quanto mai nessun "gruppo d'opinione" (neppure il più irriducibilmente nostalgico) l'ha mai sostenuta e forse neppure immaginata. Eppure fu accolta dai giudici di merito, ma ancora una volta la Corte di cassazione annullò la loro sentenza, rilevando la "impossibilità storica" di attribuire al Costituente libico l'intenzione di considerare straniera la più gran parte della sua popolazione, in omaggio ad una legge (del 1939) dell'odiato oppressore italiano.

[*p. 56*] III Una nostra legge tributaria concesse una determinata agevolazione a tutti i coltivatori diretti che avessero provato di trovarsi in una determinata condizione, esibendo un certificato provvisorio e dentro un termine più largo un certificato definitivo (cioè conseguente ad indagini esaustive)[25]. Dopo alcuni anni fu emanata una legge che concedeva a determinate condizioni la predetta agevolazione anche a quei coltivatori diretti che a suo tempo non avessero esibito "né il certificato provvisorio, né quello definitivo". Chiese di avvalersi di tale nuova legge un coltivatore che a suo tempo aveva esibito soltanto il certificato provvisorio, ma non anche quello definitivo. Contro di lui fu adombrata la tesi che egli non potesse godere del beneficio, in quanto la nuova legge lo riconosceva solo a chi in passato non aveva prodotto nessuno dei due certificati richiesti: e non quindi a chi, come

[24] Artt. 4-7 del r.d.l. 9 gennaio 1939, n. 70 *Aggregazione delle quattro provincie libiche al territorio del regno d'Italia e concessione ai libici musulmani di una cittadinanza italiana speciale con statuto personale e successorio musulmano*, convertito nella l. 28 giugno 1929, n. 739. Cfr. peraltro la l. 13 giugno 1912, n.555 *Sulla cittadinanza italiana*, art.15 (e massime raccolte da G. Pescatore – C. Ruperto, *Le leggi complementari al codice civile* I, Milano 1981, 17).

[25] A quanto pare, l. 6 agosto 1954, n. 604 *Modificazioni alle norme relative alle agevolazioni tributarie a favore della piccola proprietà contadina*, art. 4s.

lui, ne aveva invece prodotto uno. Ancora una volta la Corte di cassazione fece giustizia di questo vero e proprio sofisma di stampo "collodiano", mettendo in luce che non sempre le [*p. 57*] congiunzioni "né… né…" obbligano a ritenere compresenti gli elementi ai quali esse si riferiscono[26]. Nel libro *Pinocchio* di Collodi si narra che il protagonista, messo per errore in carcere, chiese di essere liberato al pari degli altri carcerati (autori di delitti) in occasione di una amnistia generale. Il carceriere gli chiese: "Ma tu, Pinocchio, sei colpevole o innocente?" "Innocente!" rispose subito Pinocchio. E il carceriere di rimando: "E allora tu resti in carcere, perché l'amnistia è stata data per i colpevoli"[27].

Il compito altissimo del giurista diventa ancora più evidente, se si considera che lo stesso legislatore si mostra consapevole delle lacune che, nonostante il numero straordinariamente alto di disposizioni emanate, si riscontrano in concreto nella realtà della vita vissuta, realtà che talvolta sembra scaturire dalla fantasia di un romanziere vulcanico, sempre per qualche verso imprevedibile, al punto da apparire quasi animato dal gusto di trovare l'umanità sempre "spiazzata". È ben vero infatti che molte vicende umane si ripetono con monotonia addirittura esasperante e costituiscono ciò che i giuristi chiamano *id quod plerumque accidit* (base tra l'altro delle cosiddette presunzioni semplici, di cui all'articolo 2729 del codice civile), ma è anche vero che, sia pure meno frequentemente, si verificano fatti nuovi, che il legislatore non poteva prevedere, ma che tuttavia non possono sfuggire sol per questo ad ogni valutazione giuridica. Si pensi ad esempio al caso di una persona nella cui abitazione si trovi un registratore di suoni, sui cui nastri sia incisa la voce della persona stessa e si scopra [*p. 58*] che essa proprio di tale mezzo si serviva per tenere memoria dei pagamenti ricevuti. Il legislatore tra i mezzi di prova non annovera nel codice civile il registratore della voce. Reca tuttavia una norma del seguente tenore (art. 2707): "Le carte e i registri domestici fanno prova contro chi li ha scritti quando enunciano espressamente un pagamento ricevuto". Qual è la *ratio*, cioè la ragione giustificatrice, di tale norma? È questa: per mancanza assoluta di interesse sarebbe oltremodo inverosimile che il creditore si sia preso cura di prendere memoria attraverso uno scritto, destinato ad essere tenuto in casa, e quindi presumibilmente ad essere letto soltanto da lui o dai suoi familiari, di un pagamento che in effetti non abbia ricevuto. Orbene, se questa è la *ratio* dell'articolo 2707, perché questa stessa *ratio* non potrebbe essere utilizzata per attribuire valore legale alla registrazione fonetica del pagamento ricevuto? L'autenticità e la riconoscibilità della voce non danno garanzie equivalenti a quelle della scrittura? Il prendersi cura di incidere la propria vice su un nastro magnetico non equivale, quanto a valore sintomatico, a prendersi cura di scrivere? [*p. 59*] E allora *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*[28]. Dispone infatti lo stesso legislatore (all'articolo 12, secondo comma, delle preleggi): "Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe". E il caso della registrazione fonetica del pagamento ricevuto non è forse simile a quello della sua scrittura? La conseguenza è che, per analogia dei due casi, si applica a quello non regolato dalla legge (nella

[26] Cass. 16 gennaio 1992, n. 503, in *Giust. Civ.,* 1992, I, 903-905.

[27] Citazione del capitolo XIX, fatta ragionevolmente a memoria. Cfr. le *Opere*, cur. D. Marcheschi, Milano 1995, 428s. Poi R. Borruso, *Riflessioni sull'informatica giuridica*, cit., 326 nota 2.

[28] L. De Mauri, *Regulae juris […]*(1936), Milano 1954, 136, fa il nome di Gotofredo nel commento a D. 9,2,32; ma il principio era stato già formulato dai primi bolognesi, che lo traevano da una lettura sistematica di vari testi giustinianei: cfr. *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, negli *Annali di storia del diritto* V-VI, 1961-1962, 221ss.

specie dall'art. 2707) la stessa conseguenza ivi prevista (cioè l'efficacia legale della prova), quantunque il presupposto sia diverso (anche se simile). Si è applicata una norma diversa (nel suo insieme) da quella emanata dal legislatore, su presupposto che il legislatore, se l'avesse prevista, non avrebbe potuto non volerla senza cadere in manifesta illogicità, o commettere una palese ingiustizia (violazione del principio sancito nell'articolo 3 della nostra Costituzione, secondo cui, quando ricorra una stessa situazione sostanziale, si ha diritto alla parità di trattamento). [*p. 60*] In questo caso, si badi, non si tratta di una i n t e r p r e t a z i o n e particolare dell'articolo 2702 (come quando si ritenesse che anche la registrazione fonetica della voce può farsi rientrare tra le forme di scrittura: in tal caso infatti l'articolo 2707 sarebbe interpretato in maniera estensiva), ma di a p p l i c a z i o n e per analogia dell'articolo 2707. Per questo in riferimento all'analogia è improprio parlare di interpretazione di una norma: si deve parlare di applicazione per analogia della norma.

RENATO BORRUSO